

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 217.011 van 23 december 2011

in de zaak A. 202.569/XII-6768

In zake:

1. de BV BALLAST NEDAM INFRA
 2. de NV BALLAST NEDAM ENVIRONMENTAL
ENGINEERING
 3. de BV DDM DEMONTAGE
- samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE VLAAMSE AFVALSTOFFEN-
MAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV JAN DE NUL
 2. de NV ENVISAN
 3. de NV ASBESTOS REMOVAL
- samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Filip Lahaye
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 november 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 9 november 2011 vanwege de Administrateur-Generaal van de OVAM waarbij de opdracht voor aanneming van werken conform het bestek SV100701 Mol Balmatt 2^e fase bodemsanering - perceel 1447 T middels een procedure van openbare aanbesteding na heroverweging wordt gegund aan de THV Jan De Nul - Envisan - Asbestos Removal, gevestigd te 9308 Hofstade, Tragel 60 voor een bedrag van 1.439.070,96 € excl. BTW”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 december 2011 hebben de nv Jan De Nul, de nv Envisan en de nv Asbestos Removal, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 december 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Filip Lahaye, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de tussenkomende partijen, 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

3.1. De Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (OVAM) schrijft een overheidsopdracht uit voor aanneming van werken ter uitvoering van de tweede fase van de bodemsanering van het perceel 1447 T van de Balmatt site te Mol. Deze werken betreffen meer specifiek de ontgraving van de verontreinigingskernen op het perceel 1447 T en “de externe verwerking storten” van de ontgraven partijen, evenals het uitvoeren van een pilootproef in het kader van verdere grondwatersanering.

3.2. Deze opdracht wordt gegund via een openbare aanbesteding met Europese bekendmaking.

3.3. De aankondiging wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 juli 2010 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 23 juli 2010.

3.4. Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek nr. SV100701 bevat de volgende bepaling inzake de documenten toe te voegen aan het inschrijvingsbiljet:

“De inschrijvers voegen de volgende stukken in de Nederlandse taal, gedagtekend en door hen ondertekend bij hun bieding toe:

1. Op straffe van nietigheid van hun inschrijving:

a) Een behoorlijk ingevuld (d.i. zonder aangebrachte correcties) en geldig ondertekend inschrijvingsbiljet en inventaris met de eenheids- en totaalprijzen

b) Het attest van plaatsbezoek, ondertekend door de OVAM-afgevaardigde

2. Daarnaast dienen tevens volgende documenten bij de inschrijving te worden gevoegd:

a)

[...]

- i) Overzicht van de voorziene eindverwerkers of eindbestemmingen van de af te voeren fracties, evenals schriftelijk akkoord van de eindverwerkers of eindbestemming. De inschrijver geeft hierbij de methode van reinigen/storten aan en vergewist zich ervan dat dit conform de regelgeving is;
- j) Een gedetailleerde beschrijving van de werkwijze waarop de inschrijver de werken zal uitvoeren. In deze beschrijving dient nauwkeurig te worden omschreven hoe de aannemer deze werken chronologisch zal aanpakken. In zijn offerte dienen daartoe minimaal volgende onderdelen te worden weergegeven:
 - 1. Wijze van werfinrichting inclusief een plan met de aanduiding van de zones voor inplanting van alle (tijdelijke) installaties (werfketen, tijdelijke opslag, circulatieplan, materieel, ...);
 - 2. Duidelijk plan van aanpak dat volgende zaken beschrijft:
 - o De benodigde bijkomende handelingen bij ontgraven van asbestbevattende bodem, al dan niet vermengd met andere verontreinigingen en van asbestbevattende afvalstoffen, al dan niet vermengd met andere verontreinigingen;
 - o De afstemming van de tijdelijke bemalingen op elkaar i.f.v. de aanwezige drijfslag t.h.v. de smeerput en de hoge concentraties aan PCB t.h.v. de waterzuiveringsinstallatie;
 - o Afvoer en transport van de ontgraven partijen;
 - o De voorziene eindbestemmingen;
 - o De benodigde bijkomende handelingen, materialen, e.d. voor de pilootproef voor de grondwatersanering
 - 1. Een chronologische tijdsplanning van de opeenvolgende werkzaamheden

b)RSZ attest.

Bij het ontbreken van bovenstaande documenten die niet op straffe van nietigheid worden opgevraagd, behoudt de opdrachtgever zich het recht om deze bijkomende documenten bij de kandidaat-inschrijver op te vragen. De bijkomende documenten dienen dan binnen de week na het versturen van dit schrijven aan de opdrachtgever te worden overgemaakt. Indien de kandidaat inschrijver hieraan niet voldoet, zal de opdrachtgever de inschrijving weigeren”.

In punt 2.3. van het technisch gedeelte van het bestek worden de door de inschrijver te leveren prestaties per post uitvoerig besproken, onder meer met betrekking tot post 6 “transport en verwerking”.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 20 september 2010. Vijf inschrijvers dienen een offerte in, waaronder verzoekende partijen en de thv Jan De Nul – Envisan – Asbestos Removal (hierna: thv Jan De Nul).

3.6. In het kader van het onderzoek van de administratieve regelmatigheid van de offertes wordt onder meer vastgesteld dat de offerte van de thv Jan de Nul geen plan van aanpak en geen akkoord van de eindverwerker bevat.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 26 oktober 2010 wordt aan de thv Jan De Nul gevraagd om “in het kader van de prijscontrole” de documenten vermeld onder de punten i) en j) op blz. 6 van het bestek aan verwerende partij te bezorgen. Hierbij wordt er tevens op gewezen dat overeenkomstig het bestek de bijkomende documenten binnen de week na het versturen van dit schrijven aan de opdrachtgever dienen te worden overgemaakt en dat indien de kandidaat inschrijver hieraan niet voldoet, de opdrachtgever de inschrijving zal weigeren.

Bij e-mailbericht van vrijdag 29 oktober 2010 wordt door verwerende partij aan de thv Jan De Nul bevestigd dat de termijn wordt verlengd tot 8 november 2010.

Bij e-mailbericht van 5 november 2010 en aangetekend schrijven van 5 november 2010 worden de bijkomende documenten door de thv Jan De Nul aan verwerende partij bezorgd.

3.8. In het kader van het prijsonderzoek wordt vervolgens vastgesteld dat de inschrijvingsprijs van de thv Jan De Nul meer dan 15 % afwijkt van de gemiddelde inschrijvingsprijs overeenkomstig de berekeningswijze van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

3.9. Met een aangetekend schrijven van 12 november 2010 vraagt verwerende partij aan de thv Jan De Nul een prijsverantwoording voor vijf posten.

3.10. Met een aangetekend schrijven van 22 november 2010 bezorgt voormelde inschrijver zijn prijsverantwoording aan verwerende partij, die de prijsverantwoording aanvaardt.

3.11. Op 7 februari 2011 beslist verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de thv Jan De Nul. De motieven die hebben geleid tot deze beoordeling zijn neergeschreven in een gunningsverslag van 24 januari 2011.

3.12. Tegen voormelde beslissing wordt door verzoekende partijen een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingeleid bij de Raad van State.

Op 4 maart 2011 beslist verwerende partij de gunningsbeslissing van 7 februari 2011 in te trekken, waarna de Raad van State de vordering in zijn arrest nr. 212.186 van 22 maart 2011 zonder voorwerp verklaart.

3.13. Met een aangetekend schrijven van 9 maart 2011 vraagt verwerende partij de thv Jan De Nul om een gemotiveerde prijsverantwoording van haar offerte met uitzondering van de vijf posten waarvoor zij eerder reeds een prijsverantwoording heeft gevraagd en gekregen.

3.14. Deze prijsverantwoording wordt verstrekt bij aangetekend schrijven van 17 maart 2011.

3.15. Met een aangetekend schrijven van 21 september 2011 vraagt verwerende partij vervolgens in het kader van haar prijsonderzoek nog bijkomende verduidelijking en verdere detaillering van de prijsverantwoording met betrekking tot een aantal posten.

3.16. Deze bijkomende prijsverantwoording wordt door thv Jan De Nul verstrekt met een aangetekend schrijven van 30 september 2011.

3.17. Vervolgens wordt op 7 november 2011 een aangepast gunningsverslag opgesteld.

Inzake de administratieve regelmatigheid van de offertes wordt onder meer het volgende opgemerkt:

“Beoordeling documenten die niet op straffe van nietigheid werden gevraagd

De offerte van THV Jan de Nul – Envisan – Asbestos Removal bevat geen plan van aanpak en geen akkoord van de eindverwerker.

De offerte van THV Herbosch-Kiere-DC bevat geen erkenning van asbestverwijdering.

De offerte van Aclagro bevat geen referenties van gelijkaardige werken van de afgelopen 5 jaar, geen curriculum Vitae van werf- en projectleider.

Conclusie:

Aangezien de ontbrekende documenten niet op straffe van nietigheid werden gevraagd, wordt dit beschouwd als een onregelmatigheid die leidt tot relatieve nietigheid. De ontbrekende documenten zullen opgevraagd worden voor de sluiting van de opdracht.”

Daarnaast vermeldt het gunningsverslag dat voormelde documenten bij de thv Jan De Nul werden opgevraagd en dat deze documenten ter post aangetekend ontvangen werden op 6 november 2010 en worden aanvaard.

Voorts worden in het gunningsverslag ook de door de thv Jan De Nul verstrekte prijsverantwoordingen aanvaard.

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de thv Jan De Nul.

3.18. Op 9 november 2011 wordt beslist om de opdracht te gunnen aan de thv Jan De Nul.

3.19. Bij aangetekend schrijven van 9 november 2011 wordt dit aan alle inschrijvers, waaronder verzoekende partijen, meegedeeld. Verwerende partij stelt hierbij een wachttermijn in acht te nemen van 15 dagen conform artikel 65/11

van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

IV. Tussenkoms

4. De verzoekende partijen in tussenkoms blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

5.2. Te dezen is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Een eerste middel is genomen uit de schending van artikel 15 van de voornoemde wet van 24 december 1993, de artikelen 103, 110 en 111 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, het zorgvuldigheids-, redelijkheids- en gelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, het niet-discriminatiebeginsel “zoals afgeleid uit de artikel 43 en 49 van het EG-Verdrag” en uit de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

Verzoekende partijen voeren als grief onder meer aan dat verwerende partij in een procedure van aanbesteding, na het indienen van de offertes, aan de gekozen inschrijver bijkomende substantiële stukken betreffende het plan van aanpak en de verklaring van eindverwerkers heeft opgevraagd en deze in aanmerking heeft genomen.

Vervolgens ontwikkelen zij dit middel in een niet nader gestructureerd betoog van zeven dicht beschreven bladzijden. Dergelijke redactie bemoeilijkt de snelle kennisname van de inhoud van de betrokken argumentatie, en geeft geen blijk van veel begrip voor de mogelijkheden van de rechter in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Hierna zal dan ook de weergave van dat betoog worden beperkt tot hetgeen op het eerste gezicht essentieel lijkt voor de beoordeling van de vordering.

De enige wettige interpretatie die aan de besteksbepalingen kan worden gegeven is volgens verzoekende partijen dat voormelde aanvulling slechts

zou zijn toegestaan voor elementen die niet essentieel de vergelijkbaarheid van de offertes betroffen, noch invloed hadden op de prijszetting. Het plan van aanpak en de verklaring van eindverwerkers vormen volgens verzoekende partijen echter essentiële stukken die de naleving van de technische voorwaarden van de opdracht voor de gegeven prijszetting staven en die dus dienden aan te tonen dat de opgegeven prijs in elke offerte dezelfde lading dekte. Zij wijzen erop dat de verklaringen van eindverwerkers juist dienen te garanderen dat de afvalstoffen finaal deugdelijk verwerkt worden, en dat het plan van aanpak dient te garanderen dat de sanering verloopt conform het opgestelde saneringsplan, hetgeen de kern van de opdracht betreft.

Ten slotte wijzen verzoekende partijen er ook op dat zijzelf, met miskenning van het gelijkheidsbeginsel, niet de gelegenheid hebben gehad om een wijzigende offerte in te dienen.

Beoordeling

7. Artikel 15 van de wet van 24 december 1993, bepaalt dat, indien de bevoegde overheid beslist de opdracht toe te wijzen, deze bij openbare of beperkte aanbesteding dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

8. De in het geding zijn procedure betreft een openbare aanbesteding. De regelmatigheid van de offertes dient in dat geval te worden beoordeeld op grond van de offertes zelf en niet in het licht van aanvullende verklaringen die een wijziging van de offerte inhouden, en dit op straffe van een schending van de gelijke behandeling van de inschrijvers.

9. De bepalingen van het bestek inzake de documenten toe te voegen aan het inschrijvingsbiljet werden reeds weergegeven onder randnummer 3.4. van het feitenrelaas.

Met verzoekende partijen dient te worden vastgesteld dat deze besteksbepaling geen onderscheid maakt tussen de bij de offerte te voegen stukken

aangaande de kwalitatieve selectie enerzijds en de stukken betreffende de verificatie van de technische conformiteit van de offertes anderzijds.

In punt 2.3. van het technisch gedeelte van het bestek worden de door de inschrijver te leveren prestaties per post uitvoerig besproken. Met betrekking tot post 6 “transport en verwerking” bevat het bestek onder meer de volgende bepalingen:

“6.2. Transport en verwerking ontgravingszones

[...]

Het verwerkingscentrum dient vergund te zijn voor de aanvaarding en verwerking van de aangeleverde grond of afvalstoffen. Bij de verwerking van de partijen dient de aannemer en de verwerking zich ervan bewust te zijn dat de grond gecontamineerd kan zijn met asbest. De aannemer kiest een verwerker die grond gecontamineerd met de aangetroffen polluenten en asbest aanvaardt en kan reinigen. Hij toont aan dat het verwerkingscentrum ervaring heeft inzake.

De eindverwerker kan een grondreinigingscentrum zijn of een stortplaats. Niet-reinigbare partijen worden afgevoerd naar een stortplaats die vergund is voor het aanvaarden en bergen van de aangeleverde niet-reinigbare partijen.

Bij inschrijving dient de aannemer duidelijk aan te geven met welke verwerkingscentrum/ stortplaats zal gewerkt worden en dient een schriftelijk akkoord van de verwerker/stortplaats toegevoegd te worden.

Het certificaat van de eindverwerking wordt aan de toezichthoudende overheid en de erkende bodemsaneringsdeskundige bezorgd.

Voorafgaandelijk aan de inschrijving dient de aannemer contact te nemen met de verwerker van zijn keuze. De aanvoervoorwaarden en eventuele voorafgaandelijke scheiding van de aanwezige fracties kunnen immers aanleiding geven tot het nemen van bijkomende maatregelen en/of het stellen van bijkomende handelingen. Alle kosten hiervoor dienen voorzien te worden in deze post of in de desbetreffende post van het ontgraven materiaal.

Indien omwille van acceptatiecriteria of latere off-site inkeuringsresultaten een andere verwerker/stortplaats voor één of meerdere partijen gezocht moet worden kan de aannemer hiervoor nooit meer aanrekenen dan in de desbetreffende posten van de meetstaat voorzien werd. Eventuele kosten en verlet omwille van wijziging in verwerker/stortplaats of de

acceptatiecriteria na gunning van de werken kunnen niet aanvaard worden.”

Uit het bestek blijkt voorts dat het plan van aanpak onder meer de benodigde bijkomende handelingen en de voorziene eindbestemmingen dient te vermelden.

10. Door verwerende partij en tussenkomende partijen wordt niet betwist dat de thv Jan De Nul bij haar offerte geen plan van aanpak en geen akkoord van de eindverwerker had gevoegd.

11. Bij aangetekend schrijven van 26 oktober 2010 wordt door verwerende partij aan de thv Jan De Nul gevraagd om “in het kader van de prijscontrole” de documenten gevraagd onder de punten i) en j) op blz. 6 van het bestek aan verwerende partij te bezorgen.

12. Bij e-mailbericht en aangetekend schrijven van 5 november 2010 worden door de thv Jan De Nul bijkomende documenten bezorgd aan verwerende partij inzake het plan van aanpak, de werfinrichting, de tijdsplanning en enkele akkoordverklaringen van eindverwerkers.

13. Daarbij dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat hoewel voormelde documenten werden opgevraagd “in het kader van de prijscontrole”, zij geenszins in een prijsverantwoording in de zin van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 kunnen worden ingepast. Evenmin lijkt er sprake te zijn van een rekenfout of kennelijk materiële fout in de zin van artikel 111 van voormeld koninklijk besluit.

14. Te dezen blijkt het voorts niet te gaan over bewijskrachtige documenten aangaande de kwalitatieve selectie, in de zin van artikel 20,§3, van het meer vermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, die voorwerp mogen zijn van aanvulling of toelichting, doch wel om gegevens die in het licht van voormelde besteksbepalingen van belang lijken te zijn voor de beoordeling van de technische conformiteit van de offerte.

De ontgraving, externe verwerking en het storten van de ontgraven partijen maakt immers net het voorwerp van de opdracht uit. In het technisch gedeelte van het bestek worden de vereisten die de aanbestedende overheid stelt omtrent het ontgraven, het transport en de verwerking nader omschreven.

Het bestek schrijft onder meer uitdrukkelijk voor dat de aannemer bij de inschrijving reeds duidelijk dient aan te geven met welk verwerkingscentrum/stortplaats zal worden gewerkt en dat een schriftelijk akkoord van de verwerker/stortplaats dient te worden toegevoegd.

Met betrekking tot deze documenten mag geenszins worden aangenomen dat – naar analogie met wat documenten inzake de kwalitatieve selectie betreft - het hier uitsluitend objectieve en niet voor verandering vatbare gegevens zou betreffen, waardoor het opvragen van deze documenten als zodanig niet van aard zou zijn om de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang te brengen. Vastgesteld dient overigens te worden dat de akkoordverklaringen die tussenkomende partijen nadien bij hun offerte hebben toegevoegd, slechts dateren van begin november 2010, terwijl de offertes reeds op 20 september 2010 dienden te zijn ingediend.

Bovendien wordt in het bestek uitdrukkelijk erkend dat deze gegevens van aard zijn om de prijs te kunnen beïnvloeden. Het bestek zoals hiervoor onder randnummer 9 aangehaald bepaalt immers dat de aanvoervoorwaarden en eventuele voorafgaande scheiding van de aanwezige fracties aanleiding kunnen geven tot het nemen van bijkomende maatregelen en/of het stellen van bijkomende handelingen en dat alle kosten hiervoor dienen te worden voorzien in deze post of in de desbetreffende post van het ontgraven materiaal. Het lijkt precies om deze reden dat het bestek voorschrijft dat de aannemer voorafgaandelijk aan de inschrijving contact dient te nemen met de verwerker van zijn keuze.

Aldus lijkt het bijvoegen van de betrokken documenten bij de inschrijving door het bestek te worden vereist als garantie dat ontgraven substanties daadwerkelijk kunnen worden verwerkt of gestort en dat de

inschrijvers hun prijszetting op geïnformeerde wijze hebben bepaald, rekening houdend met eventuele bijkomende handelingen en kosten.

In tegenstelling tot wat verwerende partij laat uitschijnen, werd enkel de gekozen inschrijver de kans geboden om dergelijke op het eerste gezicht essentiële documenten alsnog aan zijn offerte toe te voegen.

15. Het standpunt van verwerende partij en tussenkomen partijen dat het overzicht van de voorziene eindverwerkers, de akkoordverklaring en het plan van aanpak in eerste instantie documenten zijn nuttig bij de uitvoering van de opdracht, om welke reden verwerende partij het niet essentieel zou hebben gevonden deze documenten reeds in het bezit te hebben bij de gunning van de opdracht, lijkt op het eerste gezicht te worden tegengesproken door het bestek zelf. Zo bepaalt het bestek in het administratief gedeelte uitdrukkelijk dat deze documenten bij de inschrijving dienen te worden gevoegd. Het enkele feit dat verwerende partij zich het recht voorbehoudt om bepaalde documenten die niet op straffe van nietigheid werden gevraagd, alsnog op te vragen, lijkt geenszins te impliceren dat de aanwezigheid van deze documenten bij de aanvang van de uitvoering van de opdracht voor haar mocht volstaan. Zij blijkt deze documenten overigens alsnog te hebben opgevraagd vóór het nemen van de gunningsbeslissing. Voorts wordt hierbij *prima facie* voorbijgegaan aan de hiervoor aangehaalde voormelde technische bepalingen bij post 6 “transport en verwerking” van het bestek waar tevens wordt benadrukt dat de documenten bij de inschrijving dienen te worden gevoegd en om welke reden de aanbestedende overheid dit noodzakelijk acht.

Ook de argumentatie van verwerende partij dat het slechts zou gaan om een afwijking van een administratieve bepaling en niet van een technische bepaling, lijkt in het licht van voormelde technische besteksbevestigingen niet te kunnen worden gevolgd. Zo wordt ook in het technisch gedeelte van het bestek uitdrukkelijk bepaald dat de aannemer bij inschrijving duidelijk dient aan te geven met welke verwerkingscentrum/stortplaats zal worden gewerkt en dat een schriftelijk akkoord van de verwerker/stortplaats dient te worden toegevoegd.

16. Zoals hoger reeds werd opgemerkt dient de regelmatigheid van de offertes in geval van openbare aanbesteding te worden beoordeeld op grond van de offertes zelf en niet in het licht van aanvullende verklaringen die een wijziging van de offerte inhouden, en dit op straffe van een schending van de gelijke behandeling van de inschrijvers.

Te dezen lijkt de vastgestelde onregelmatigheid er *prima facie* toe te leiden dat de betrokken inschrijver werd bevoordeeld doordat hij, in tegenstelling tot de overige inschrijvers, nog geen schriftelijk akkoord van de eindverwerkers of eindbestemming diende te hebben, noch een plan van aanpak op het ogenblik van het indienen van de offerte.

Met betrekking tot de bewering van verwerende partij dat de vergelijking van de offertes niet in het gedrang komt omdat in geval van aanbesteding de prijs het enige gunningscriterium is en de betrokken documenten niet werden vergeleken, valt op te merken dat het in de eerste plaats de gelijke behandeling van de inschrijvers is die hier in het gedrang is. Bovendien neemt het feit dat bij aanbesteding enkel de prijs als gunningscriterium geldt, niet weg dat de offertes voorafgaandelijk dienen te worden beoordeeld op hun regelmatigheid en dat het van belang is na te gaan welke gegevens door de prijszetting worden gedekt.

17. Te dezen bepaalde het bestek weliswaar dat “bij het ontbreken van bovenstaande documenten die niet op straffe van nietigheid worden opgevraagd, de opdrachtgever zich het recht voorbehoudt om deze bijkomende documenten bij de kandidaat-inschrijver op te vragen.”

18. Deze bepaling lijkt echter in tegenstrijd met de hiervoor aangehaalde technische bepalingen van het bestek inzake het transport en verwerking.

Op het eerste gezicht moet voormelde besteksbepaling worden geïnterpreteerd in die zin dat de aanbestedende overheid zich - naar analogie met de rechtspraak inzake bewijsstukken met betrekking tot de kwalitatieve selectie - weliswaar het recht voorbehoudt om deze bijkomende documenten op te vragen,

doch dat hieruit geenszins de verplichting kan worden afgeleid tot het opvragen van deze documenten in alle omstandigheden.

Het feit dat het voegen van de litigieuze stukken in het bestek niet werd voorgeschreven op straffe van nietigheid, neemt niet weg dat de aanbestedende overheid bij het nemen van de beslissing of zij al dan niet gebruik zal maken van de mogelijkheid om nog bijkomende documenten op te vragen, rekening dient te houden met de gelijke behandeling van de inschrijvers.

19. Gelet op hetgeen voorafgaat heeft verwerende partij, door de bijkomende gegevens inzake het akkoord van de eindverwerkers en het plan van aanpak op te vragen bij tussenkomende partijen en hiermee rekening te houden, het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers geschonden. In zoverre is het middel ernstig. Dienvolgens is ook de bestreden gunningsbeslissing door een onregelmatigheid aangetast, nu niet meer vaststaat, zoals vereist door het eveneens in het middel geschonden geachte artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993, dat de opdracht is toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

20. Het eerste middel is ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Jan De Nul, de nv Envisan en de nv Asbestos Removal, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 9 november 2011 van de Administrateur-Generaal van de OVAM om de opdracht voor aanneming van werken “Mol Balmatt 2^e fase bodemsanering - perceel 1447 T” (bestek SV100701) te gunnen aan de nv Jan De Nul, de nv Envisan en de nv Asbestos Removal, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap.

3. De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 375 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 december 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest