

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.640 van 31 januari 2012
in de zaak A. 203.166/XII-6797**

In zake: de NV COSMOLIFT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de HAVEN VAN BRUSSEL, publiekrechtelijke vennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Thiel en Valentine de Francquen
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 januari 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “(i) de impliciete beslissing [van de Haven van Brussel] om de offerte van [de nv Cosmolift] onregelmatig te verklaren omwille van een schending van de bepalingen van de omzendbrief van 18 december 2007; en aansluitend (ii) de beslissing [van de Haven van Brussel] om de lopende gunningsprocedure stop te zetten in toepassing van artikel 18 van de Wet van 24 december 1993 en aansluitend een nieuwe gunningsprocedure op te starten, ditmaal onder de vorm van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 januari 2012, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Valentine de Francquen, die loco advocaten Patrick Thiel en Eric Gillet 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

3.1. Op 25 februari 2011 beslist de Haven van Brussel om een openbare aanbesteding met Europese bekendmaking uit te schrijven voor het onderhoud en de herstelling van liften en goederenliften.

De opdracht, geraamd op 400.000 euro (btw niet inbegrepen) voor een periode van drie jaar, wordt door haar gekwalificeerd als een dienstenopdracht in de nutssectoren.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 september 2011 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 21 september 2011.

3.3. In het toepasselijke bestek nr. 1010 wordt bepaald dat de opdracht onderworpen is aan de bepalingen en voorwaarden van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en de bepalingen van het bestek.

Bij het bestek wordt tevens een algemeen veiligheids- en gezondheidsplan (AVGP) toegevoegd. Bijlage I van dit AVGP bevat een door de inschrijvers naar de opdracht toe in te vullen document inzake de gescheiden berekening van prijzen en de werkwijze in het kader van de veiligheid en de gezondheid. Hierbij wordt artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke en mobiele werkplaatsen als volgt hernomen:

“De kandidaten voegen bij hun aanbod een document dat naar het niveau van veiligheid en gezondheid [verwijst] en waarin zij beschrijven de manier [...] waarop zij het werk zullen uitvoeren om met dit plan van veiligheid en gezondheid rekening te houden;

De kandidaten voegen bij hun aanbod een afzonderlijke berekening van prijzen betreffende de maatregelen en middelen van preventie die door het plan van veiligheid en gezondheid worden bepaald, met inbegrip van de buitengewone maatregelen en middelen van individuele bescherming.”

3.4. Bij brief van 7 november 2011 beantwoordt verwerende partij een door verzoekende partij bij e-mail van 21 oktober 2011 gestelde vraag omtrent het bij het bestek gevoegde AVGP:

“Vr. 10: Bijlage I van het AVGP (Health & Safety): betreft het hier een model zoals een AVGP zou kunnen zijn? Dient het vervolledigd te worden? Mogen wij ons AVGP toevoegen?

A10: Neen, het betreft hier het AVGP voor dit lastenboek. De inschrijver dient zijn aangepast AVGP (aan hetgeen in het lastenboek voorkomt) toe te voegen.”

3.5. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 17 november 2011 blijkt dat vier offertes worden ingediend.

3.6. Op 13 december 2011 wordt een verslag opgesteld door de veiligheidscoördinator met het oog op de vergelijking van de offertes op het vlak van veiligheid wat de berekening van de prijzen en werkwijze betreft. In dit verslag wordt onder meer het volgende opgemerkt:

“Prijzen:

Opdracht Cosmolift nv: 339.150,90 Euro (BTW incl.)

AVGP bijgevoegd door Health & Safety: ingevuld

Bijzonder plan voor veiligheid- en gezondheid: in bijlage

Prijs van maatregelen en preventiemiddelen: inbegrepen in totaalprijs.

[...]

Vergelijking:

[...]

De firma Cosmolift nv heeft geen bedrag voor de veiligheid voorzien.

[...]

Conclusie:

De offerten van de bedrijven Crombez-Bayens nv, Schindler nv, Cosmolift nv zijn niet volledig op essentiële punten en kunnen daardoor niet in aanmerking genomen worden.

Enkel de firma Kone nv is aanvaardbaar.”

3.7. Op 23 december 2011 beslist de raad van bestuur van de Haven van Brussel om af te zien van de gunning van de opdracht. Uit het verslag van de raad van bestuur blijkt dat deze beslissing genomen werd op grond van de volgende motieven:

“4. ONDERZOEK DER OFFERTES

‘De technische dienst heeft echter moeten vaststellen dat de 3 eerst geklasseerde inschrijvers niet voldoen aan de voorwaarden van de omzendbrief van 18 december 2007 (BS 27 december 2007)

‘Overheidsopdrachten. - Tijdelijke of mobiele bouwplaatsen. - Veiligheids- en gezondheidsplan - Praktische richtlijnen met betrekking tot de documenten die in toepassing van artikel 30, tweede lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen bij de offerte moeten worden gevoegd’.

Artikel 30 van bovenvermeld koninklijk besluit van 25 januari 2001 bepaalt dat:

‘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;

3° de coördinator-ontwerp zijn taak, bedoeld in de artikelen 4sexies, 5°, en 11, 4°, kan volbrengen.

De opdrachtgevers van de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen waarop de bepalingen van artikel 29 van toepassing zijn, zijn van de toepassing van dit artikel vrijgesteld.'

Bovenvernoemde omzendbrief van 18 december 2007 bepaalt:

- Betreffende het veiligheids- en gezondheidsplan: '3.1.1.1.b) Het document ontbreekt (het formulier gevoegd bij het bestek is niet ingevuld) of is onvolledig op essentiële punten. De offerte is in dat geval substantieel onregelmatig'.
- Betreffende de afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen: '3.1.1.2.b) Het document ontbreekt of is onvolledig op essentiële punten. De offerte is in dat geval substantieel onregelmatig'.

Het verslag van de coördinator inzake veiligheid en gezondheid, Health & Safety, dd. 13 december 2011, in bijlage, stelt vast dat:

'Vergelijking:

De firma Crombez-Baeyens sa is niet conform door het niet aangeven van maatregelen en preventie + ontbreken van een offerte.

De firma Schindler nv heeft bij de veiligheidsvoorzieningen die ze nodig achten de vermelding 0 € toegevoegd.

De firma Cosmolift nv heeft geen bedrag voor de veiligheid voorzien.

De firma Kone nv heeft details en prijs offerte gegeven.

Conclusie:

De offerten van de bedrijven Crombez-Baeyens nv, Schindler nv, Cosmolift nv zijn niet volledig op essentiële punten.

En kunnen daardoor niet in aanmerking genomen worden.

Enkel de firma Kone nv is aanvaardbaar.'

De enige inschrijver die voldoet aan de voorwaarden van de omzendbrief van 18 december 2007 is dus nv Kone Belgium.

De offerte van de nv Kone Belgium is echter

- 55% duurder dan de eerst geklasseerde
- 48% duurder dan de tweede geklasseerde

- 44% duurder dan de derde geklasseerde
- 32% duurder dan het gemiddelde van al de offertes
- 8,6% duurder dan de oorspronkelijke raming van de Haven.

Met andere woorden, zonder de onregelmatigheid betreffende de ontbrekende stukken voorzien voor de tijdelijke en mobiele bouwplaatsen had de Haven substantiële besparingen kunnen doen.

Het is van belang dat de publieke overheid niet meer betaalt dan hetgeen de markt redelijkerwijze voorstelt [...].

De offerte van Kone Belgium overschrijdt met bijna 9% de initiële raming van de Haven. Laatstgenoemde gaat komende jaren, zoals alle publieke overheden, zware budgettaire restricties tegemoet.

Artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten bepaalt dat ‘het volgen van de procedure van aanbesteding, offerteaanvraag of via onderhandelingen houdt geen verplichting in tot het toewijzen van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze’.

Gelet op de onregelmatigheden van de 3 eerst geklasseerden, en met het oog op een zorgvuldig en toereikend beheer van de financiële middelen van de overheid (4de en laatst geklasseerde, enige regelmatige offerte, overschrijdt met bijna 9% de initiële raming), dient de Haven bijgevolg als aanbestedende overheid af te zien van de gunning van de opdracht betreffende het Bijzonder Bestek nr. 1010 – Onderhoud van liften en goederenliften, overeenkomstig artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten.

Een nieuwe gunningprocedure voor levering van diensten, onderhoud en herstelling van liften, moet gestart worden, via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

VOORSTEL TOT BESLISSING

Gelet op de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten, in het bijzonder artikel 18,

Gelet op het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sector water, energie, vervoer en postdiensten,

Gelet op het artikel 3 van het Beheerscontract betreffende ‘Onderhoud, vernieuwing en optimale exploitatie van de haveninfrastructuur en de havenuitrustingen’,

Gelet op de beslissing van de raad van bestuur van 25 februari 2011 ter instemming met de start van een procedure, middels openbare aanbesteding met Europese bekendmaking in verband met het B.B. nr. 1010 - Onderhoud van liften en goederenliften,

Gelet op de opening van de offertes en het ermee verband houdende verslag van 17 november 2011 om 11 uur,

Dat er uiteindelijk 4 offertes ingediend werden door bedrijven nv Cosmolift, Schindler, Crombez & Baeyens, en nv Kone, met de volgende rangschikking:

Rangschikking	Vennootschap	Uit	Totaal bedrag zonder BTW
1.	nv Cosmolift	Zwijnaarde	280.290,00 €
2.	nv Crombez & Baeyens	Brussel	289.202,00 €
3.	nv Schindler	Brussel	293.067,70 €
4.	nv Kone Belgium	Brussel	434.570,75 €

Gelet echter op het feit dat blijkt uit het verslag van 13 december 2011 van de coördinator inzake veiligheid en gezondheid, Health & Safety, dat de 3 eerst geklasseerde inschrijvers niet voldoen aan de voorwaarden van de omzendbrief van 18 december 2007 (BS 27 december 2007) 'Overheidsopdrachten. - Tijdelijke of mobiele bouwplaatsen. - Veiligheids- en gezondheidsplan - Praktische richtlijnen met betrekking tot de documenten die in toepassing van artikel 30, tweede lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen bij de offerte moeten worden gevoegd',

Dat conform bovenvermeld omzendbrief deze offertes als substantieel onregelmatig beschouwd dienen te worden,

Overwegende dat de offerte van 4de en laatst geklasseerde, de nv Kone Belgium, enige regelmatige inschrijver, evenwel

- 55% duurder is dan de eerst geklasseerde
- 48% duurder dan de tweede geklasseerde
- 44% duurder dan de derde geklasseerde
- 32% duurder dan de gemiddelde van al de offertes
- 8,6% duurder dan de oorspronkelijke raming,

Dat dus zelfs de oorspronkelijke raming van € 400.000 van de Haven, die nu achteraf veel te hoog blijkt te zijn, met bijna 9% overschreden wordt door de prijs van de nv Kone Belgium,

Dat het van belang is dat de publieke overheid - des te meer in tijden van budgettaire restricties - niet meer betaalt dan hetgeen de markt redelijkerwijze voorstelt,

Gelet op artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten dat bepaalt dat 'het volgen van de procedure van aanbesteding, offerteaanvraag of via onderhandelingen houdt geen verplichting in tot het toewijzen van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze',

Gelet op de onregelmatigheid van de offertes van de Cosmolift, Schindler en Crombez & Baeyens,

Gelet op de overschrijding van 8,6% van de prijs van de offerte van Kone Belgium ten opzichte van de initiële raming,

Gelet op de bekommernis voor een zorgvuldig en toereikend beheer van de financiële middelen van de overheid,

de raad van bestuur:

beslist af te zien van de gunning van de opdracht voor levering van diensten beschreven in het Bijzonder Bestek nr. 1010 - Onderhoud van liften en goederenliften,

gelast de algemene directie van de Haven van Brussel een nieuwe gunningprocedure voor levering van diensten (onderhoud en herstelling van liften), te starten, via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Onderhavige beslissing dient onmiddellijk en in de wettelijke vormen bekend gemaakt te worden.”

3.8. Met een aangetekend schrijven en faxbericht van 23 december 2011 wordt aan de inschrijvers meegedeeld dat de Haven van Brussel heeft beslist om de opdracht niet te gunnen. Als bijlage wordt een uittreksel van voormeld verslag van de raad van bestuur van 23 december 2011 gevoegd, meer bepaald de overwegingen die volgen na de titel “voorstel tot beslissing”.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. Verwerende partij voert een exceptie van gebrek aan het belang bij de vordering aan.

4.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om op deze exceptie in te gaan. Een onderzoek daarvan en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, thans niet het geval is.

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 vernietiging 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. Evenwel 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 te dezen van toepassing.

Luidens het in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In het middel, in hoofddorde ontwikkeld, voert verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, van de materiële-motiveringsplicht volgend uit artikel 65/5, 6°, van de wet van 24 december 1993, van het grondwettelijk en Europees beginsel van de gelijkheid der inschrijvers en van de materiële-motiveringsplicht volgend uit artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 *juncto* artikel 65/4, 6°, en 65/5, 8°, van deze wet.

In dit middel betoogt verzoekende partij in wezen dat de bepalingen van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen niet van toepassing zijn op de opdracht, gelet op het voorwerp ervan, namelijk een overeenkomst van onderhoudsdiensten betreffende liften en goederenliften. Bovendien bevat het bestek, zo vervolgt verzoekende

partij, onder de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen, geen vermelding van hetzij voormeld koninklijk besluit van 25 januari 2001, hetzij de omzendbrief van 18 december 2007.

De beslissing van verwerende partij om de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren heeft dan ook geen wettelijke grondslag en vindt evenmin steun in de bepalingen van het bestek. Bijgevolg mist ook de stopzettingsbeslissing feitelijke en juridische grondslag.

Beoordeling

7.1. Artikel 30, tweede lid, 1° en 2°, van het voornoemd koninklijk besluit van 25 januari 2001, luidt:

“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”.

7.2. Het bestek bepaalt niet dat het koninklijk besluit van 25 januari 2001 of de omzendbrief van 18 december 2007 van toepassing zijn op de opdracht. Dit neemt evenwel niet weg dat het bestek wel uitdrukkelijk bepaalt dat de opdracht onderworpen is aan de bepalingen van het bestek zelf.

Bij het bestek zelf is een AVGP gevoegd, opgesteld overeenkomstig het koninklijk besluit van 25 januari 2001 door het studiebureau Health & Safety Consulting. Bijlage I van dit AVGP bevat een door de inschrijvers

in functie van de opdracht in te vullen document inzake de gescheiden berekening van prijzen en de werkwijze. In dit document is onder meer ruimte voorzien voor de aanduiding van de prijs van de maatregelen en preventiemiddelen. Voorts worden hierin ook de bewoordingen van artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 uitdrukkelijk hernomen.

7.3. De offerte van verzoekende partij omvat weliswaar een bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan toegespitst op de opdracht, zoals gevraagd in het bestek, doch er werd aan de offerte geen afzonderlijke berekening bijgevoegd van de prijzen betreffende de maatregelen en middelen van preventie die bijlage I bij het AVGP vereist. In de ruimte voorzien voor de aanduiding van de prijzen van de maatregelen en preventiemiddelen werd door verzoekende partij ingevuld: “Inbegrepen in de totale aanbestedingsprijs.”

7.4. Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat - zelfs indien het standpunt van verzoekende partij inzake de beweerde niet-toepasselijkheid van koninklijk besluit van 25 januari 2001 op de voorliggende opdracht zou worden gevolgd - het bestek aan de inschrijvers oplegt om bijlage I bij het AVGP “gescheiden berekening van prijzen & werkwijze” in te vullen. Verzoekende partij heeft geen gescheiden berekening van prijzen opgegeven.

7.5. Verzoekende partij toont voorts in dit verband niet aan welke wettelijke of reglementaire bepaling verwerende partij zou verbieden om dergelijke besteksvereiste op te nemen. Uit het administratief dossier blijkt overigens dat het opnemen van de verplichtingen inzake veiligheid en gezondheid een bewuste keuze is van verwerende partij.

7.6. Uit het voorgaande lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden besloten dat de beslissing om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren minstens kon worden gesteund op de bepalingen van het bestek zelf. Evenmin is dan ook aangetoond dat wegens die onregelmatigverklaring de stopzettingsbeslissing feitelijke en juridische grondslag mist.

7.7. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. In het middel, in ondergeschikte orde ontwikkeld, voert verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de formele-motiveringsplicht en van artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 *juncto* artikel 65/4, 6°, en 65/5, 8°, van diezelfde wet.

Verzoekende partij betoogt dat de motivering die in de bestreden beslissing is opgenomen, haar niet in staat stelt de precieze redenen te achterhalen op basis waarvan haar offerte substantieel onregelmatig werd verklaard, nu de motivering zich beperkt tot de verwijzing naar het verslag van de coördinator inzake veiligheid en gezondheid, waaruit zou blijken dat de offerte van verzoekende partij niet voldoet aan de voorwaarden van de omzendbrief van 18 december 2007 en dat bijgevolg het motief om met toepassing van artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 de gunningsprocedure stop te zetten, feitelijke en juridische grond mist.

Beoordeling

9.1. De formele-motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele-motiveringsplicht, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan haar ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Overeenkomstig artikel 65/4, 6°, van de wet van 24 december 1993 dient een aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe opdracht uit te schrijven.

Overeenkomstig artikel 65/5, 8°, dient de gemotiveerde beslissing de juridische en feitelijke motieven te vermelden van de beslissing van de aanbestedende instantie om af te zien van het plaatsen van de opdracht.

9.2. Het middel lijkt feitelijke grondslag te missen in de mate dat verzoekende partij aanvoert dat de motivering zou zijn beperkt tot de verwijzing naar het verslag van de coördinator inzake veiligheid en gezondheid, waaruit zou blijken dat de offerte van verzoekende partij niet voldoet aan de voorwaarden van de omzendbrief van 18 december 2007. Uit het verslag van de raad van bestuur van 23 december 2011 blijkt dat de beslissing meer omstandig is gemotiveerd met de juridische en feitelijke overwegingen waarom de offertes van drie inschrijvers, waaronder deze van verzoekende partij, onregelmatig worden bevonden, evenals de juridische en feitelijke motieven van de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht.

Wel is het zo dat als bijlage bij de kennisgeving aan verzoekende partij slechts een uittreksel van dit verslag van de raad van bestuur is gevoegd, meer bepaald de overwegingen die volgen na de titel “[v]oorstel tot beslissing”.

Verzoekende partij toont evenwel niet aan waarom zij op basis van dit uittreksel de bestreden beslissing niet met kennis van zaken kon betwisten. Het tegendeel blijkt veeleer uit het voorliggende verzoekschrift, waarin verzoekende partij de motieven voor de onregelmatigverklaring van haar offerte omstandig inhoudelijk betwist, meer bepaald in het hierna ter sprake komende derde middel. Bijgevolg lijkt verzoekende partij geen belang te hebben bij dit middel gesteund op de schending van de formele-motiveringsplicht waarvan alleszins te dezen het doel lijkt te zijn bereikt.

9.3. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

10. In het middel, in meest ondergeschikte orde ontwikkeld, voert verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, artikel 98, § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, van artikel 30, § 2, 2°, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001, van het grondwettelijk en Europees beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, van de materiële-motiveringsplicht, van de beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, en van artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 *juncto* artikel 65/4, 6°, en 65/5, 8°, van deze wet.

In een eerste onderdeel betoogt verzoekende partij dat de omzendbrief van 18 december 2007 geen verordenend karakter heeft zodat de bepalingen ervan niet kunnen worden ingeroepen om de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren.

In een tweede onderdeel merkt verzoekende partij op dat de offerte van verzoekende partij de bepalingen van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 niet schendt, minstens dat er geen dermate ernstige schending voorligt die rechtvaardigt dat de offerte van verzoekende partij als substantieel onregelmatig moet worden verworpen.

In een derde onderdeel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 98, § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996. Zij meent dat in de veronderstelling dat uit het administratief dossier zou blijken dat het motief om de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren, vervat is in het feit dat, wat betreft het bij haar offerte gevoegde veiligheids- en gezondheidsplan, de prijs werd opgegeven als een onderdeel van de inschrijvingsprijs, verwerende partij verzoekende partij had moeten vragen om een prijsverantwoording.

Ten slotte stelt verzoekende partij met betrekking tot de drie onderdelen van het middel nog dat artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 geschonden is, aangezien de beslissing om de gunningsprocedure stop te zetten feitelijke en juridische grondslag zou missen.

Beoordeling

11. Eerste onderdeel.

In het kader van de beoordeling van het eerste middel werd reeds vastgesteld dat, op het eerste gezicht, de beslissing om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren gesteund mocht worden op de bepalingen van het bestek zelf.

De kritiek die verzoekende partij hier ontwikkelt inzake het beweerd niet-verordenend karakter van de omzendbrief van 18 december 2007, lijkt dan ook slechts een overtollig motief te betreffen.

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

12. Tweede onderdeel.

12.1. In zoverre verzoekende partij dit onderdeel steunt op de schending van het koninklijk besluit van 25 januari 2001, lijkt zij geen belang te hebben bij haar grieven. Zoals reeds bij de beoordeling van het eerste middel vastgesteld mocht haar offerte immers, zo lijkt het, onregelmatig worden verklaard op basis van een uitdrukkelijke besteksbeplating.

12.2. In de mate dat dit middelonderdeel dient te worden begrepen als te betrekken op de miskenning van de betrokken besteksbeplating, werd ook reeds bij het onderzoek van het eerste middel vastgesteld dat de offerte van verzoekende partij wel een VGP lijkt te omvatten, zoals gevraagd in het bestek, doch dat er geen afzonderlijke prijsberekening betreffende de maatregelen en de middelen van preventie lijkt te zijn bijgevoegd. Verzoekende partij had zich integendeel beperkt

tot de algemene verwijzing: “inbegrepen in de totale aanbestedingsprijs” wat geen afzonderlijke prijsberekening uitmaakt.

12.3. Te dezen lijkt niet aangetoond dat verwerende partij het door het bestek opleggen aan de inschrijvers van een bij de offerte te voegen afzonderlijke prijsberekening inzake het VGP, niet als een essentiële besteksbeplating mocht aanmerken; het tekortkomen eraan lijkt dan ook een substantiële onregelmatigheid van de offerte uit te maken.

12.4. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

13. Derde onderdeel.

13.1. Overeenkomstig artikel 98, § 3, eerste lid, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, dient de aanbestedende overheid, vooraleer zij een offerte afwijst wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, de betrokken inschrijver per aangetekende brief te verzoeken hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.

13.2. *Prima facie* blijkt echter nergens uit het administratief dossier dat de offerte van verzoekende partij onregelmatig zou zijn verklaard wegens abnormale prijzen. Er wordt dan ook niet aangetoond dat verwerende partij toepassing had moeten maken van voornoemd artikel 98, § 3, en dat zij de offerte van verzoekende partij slechts onregelmatig had mogen verklaren na haar een verzoek tot prijsverantwoording te hebben gevraagd.

13.3. Het derde onderdeel is niet ernstig.

14. Krachtens artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 mag een aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze, zij het dat zij daarbij niet willekeurig mag te werk gaan en die beslissing moet steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat de opdracht niet wordt toegewezen, enerzijds gelet op de onregelmatigheden van de drie eerst geklasseerde inschrijvers, en, anderzijds, met het oog op een zorgvuldig en toereikend beheer van de financiële middelen van de overheid.

Verzoekende partij betwist in dit middel uitsluitend het eerste motief. Voordien werd reeds uiteengezet waarom haar kritieken op het eerste gezicht niet ernstig zijn. Bijgevolg wordt evenmin aangetoond dat er te dezen sprake zou zijn van een schending van artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993.

15. Het derde middel is in zijn geheel niet ernstig.

VII. Besluit

16. Geen van de drie middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 31 januari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra