

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.565 van 11 september 2012
in de zaak A. 205.962/XII-7034**

In zake: de NV KRINKELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Cies Gysen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Henry Van Burm
kantoor houdend te 9000 Gent
Cyriel Buyssestraat 12
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 augustus 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

- “- De beslissing d.d. 28 juni 2012 uitgaande van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Gent [...], aan verzoekster ter kennis gebracht per mail d.d. 26 juli 2012, ontvangen op 26 juli 2012, waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘Omgevingswerken toegangszone Gentbrugse Meersen in Gent/Gentbrugge’ (bestek referentie GD 13/2011) wordt gegund aan de firma nv Stadsbader, Kanaalstraat 1 te 8530 Harelbeke;
- De impliciete beslissing d.d. 28 juni 2012 uitgaande van het College van burgemeester en schepenen van de stad Gent waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘Omgevingswerken toegangszone Gentbrugse Meersen

in Gent/Gentbrugge' (bestek referentie GD 13/2011) aldus niet wordt gegund aan de firma nv Krinkels”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 september 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Els Gypen en Johan Geerts, die loco advocaat Cies Gysen verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Bart Vanlee, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken, in de aankondiging genaamd “Omgevingswerken toegangszone Gentbrugse Meersen in Gent/Gentbrugge”.

De geraamde waarde van de opdracht is 3.636.363,63 euro, btw niet inbegrepen.

De aankondiging van de opdracht wordt op 9 januari 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Volgens het bijzonder bestek GD 13/2011 (blz. 2-3) zijn van toepassing op deze opdracht onder meer “het Koninklijk Besluit van 25 januari 2001 en zijn wijzigingen betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen”, “de omzendbrief (B.S. 27.12.2007 aangaande praktische richtlijnen met betrekking tot de documenten welke in toepassing van art. 30, tweede lid van het KB van 25 januari 2011 betreffende tijdelijke of mobiele werkplaatsen moeten worden bijgevoegd”, “onderhavig bestek en bijhorende opmetingsstaat”, “het bij dit bestek horend model van offerte en bijgevoegde samenvattende opmetingsstaat” en “het bij dit bestek horende veiligheids- en gezondheidsplan”.

Artikel I.7 (blz.8-9) bepaalt het volgende inzake het “opmaken van de offerte (art. 89)”:

“-Indien de inschrijver zijn offerte maakt op andere documenten dan op het voorziene formulier moet op ieder van deze documenten volgende verklaring worden opgenomen:

‘Ik ondergetekende, , verklaar te hebben nagezien dat de hierna vermelde gegevens in volstrekte overeenstemming zijn met de vermeldingen op de door het bestuur verstrekte offerte(n), of samenvattende opmetingsstaat(aten) en neem daartoe de volledige verantwoordelijkheid op mij.’

-De documenten (samenvattende opmetingsstaat en offerte) worden door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend.

Zoals bepaald in art 89 alinea 2 van voormeld KB van 8 januari 1996, moeten alle doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel van de offerte als in de bijlagen die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden.

[...]

Bij te voegen bescheiden (art. 90)

De inschrijver moet bij zijn offerte volgende stukken voegen:

- RSZ - attest zoals bepaald in art. 17*bis*, § 1 en 2 van voormeld KB van 8 januari 1996

- attest van erkenning of het bewijs waaruit blijkt dat de inschrijver voldoet aan de voorwaarden van de erkenningsreglementering

- wanneer de offerte door volmachthouders wordt ingediend: documenten die het mandaat bewijzen
 - de documenten bedoeld onder het hoofdstuk 'kwalitatieve selectie' (punt 4 van de algemene bepalingen van dit bestek)
 - CD-rom of schijf met digitale kopij van de offerte, opgemaakt in de formaten Word, Excel en pdf (pdf van de plannen en 3D-tekeningen)
 - Veiligheid & Gezondheid:
 - een verklaring overeenkomstig art 30 van het KB van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen waarbij verwezen wordt naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarbij beschreven wordt op welke wijze men het bouwwerk zal uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan
 - een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen.
- De kosten voor deze maatregelen dienen verdeeld te worden en moeten inbegrepen zijn in de eenheidsprijzen van de offerte.
- Deze documenten 'Veiligheid & Gezondheid' moeten op straffe van nietigheid worden voorgelegd.
- [...]
- De inschrijver is verplicht in zijn offerte de sluitingsperiode(s) van zijn onderneming te vermelden.
- [...]”.

In de “uitvoeringsregels toepasselijk op deze opdracht” in het bestek wordt onder 8 “Veiligheid, gezondheid, welzijn en orde” (blz. 42) onder meer vermeld: “De aannemer dient bij zijn offerte, op straffe van nietigheid van die offerte, een nota te voegen waarin een beschrijving wordt gegeven van de voorzorgen en maatregelen die hij zal treffen”.

Het bij het bestek gevoegde model van offerte bevat in feite tussen bladzijden 2 en 3 de in te vullen samenvattende opmetingsstaat, en vermeldt onderaan bladzijde 2 “Samenvattende opmetingsstaat hier op te nemen (te ondertekenen door de inschrijver)”.

Het eveneens bijgevoegde veiligheids- en gezondheidsplan opgesteld door Technisch Bureau Verbrugghen (BTV) vermeldt in een kader op de eerste pagina in vetjes en in hoofdletters dat de aannemer de laatste drie bladzijden dient in te vullen en bij te voegen bij zijn offerte. Het gaat om (i) de

intentieverklaring met de verklaring dat de inschrijver dit veiligheidsplan ontvangen, gelezen en begrepen [heeft] en dat de uitvoerder met deze veiligheidsvoorschriften heeft rekening gehouden bij zijn prijsbieding, in een aparte post, overeenkomstig artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001, bijgevoegd aan zijn inschrijving, (ii) het document “7. Meetstaat voor veiligheidsvoorzieningen” en (iii) het document “8. Specifieke maatregelen bij kritieke fasen”. Op deze beide documenten wordt bovenaan herhaald “Dit document ingevuld bij uw inschrijving-prijsaanbieding voegen”.

3.3. De offertes worden op 16 februari 2012 geopend. Onder meer verzoekende partij en de nv Stadsbader dienen een offerte in.

3.4. Een gunningsverslag wordt opgesteld. Daarin wordt vastgesteld dat alle inschrijvers behalve de nv Gebrs. Van Den Berghe voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria maar dat deze toch wordt meegenomen in de verdere beoordeling. Na verbetering van sommige offertes, worden alle offertes regelmatig bevonden. Volgens het gunningsverslag werden daarbij de volgende punten gecontroleerd :

- “A. Zijn de offerte/het inschrijvingsbiljet en de meetstaat conform de door de aanbestedende overheid ter beschikking gestelde modellen?
- B. Is de offerte of het inschrijvingsbiljet volledig en correct ingevuld en ondertekend?
- C. Is de meetstaat regelmatig ingevuld en ondertekend?
- D. Indien de offerte door een volmachtouder is ondertekend, is het bewijs van mandaat bij de offerte gevoegd?
- E. Slechts één offerte per inschrijver ingediend?
- F. Werden de overige door het bestek vereiste bijlagen (documenten, monsters, ,) overgemaakt?
 - 1. een verklaring overeenkomstig art. 30 van het KB van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen waarbij verwezen wordt naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarbij beschreven wordt op welke wijze men het bouwwerk zal uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan;
 - 2. een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen.

G. Is de offerte inhoudelijk conform met het bijzonder bestek? Heeft de inschrijver opmerkingen gemaakt? Zo ja, verboden voorbehoud in de zin van artikel 110, § 2 van het KB. van 8 januari 1996?
H. Zijn de ingediende prijzen regelmatig?”

In een tabel wordt vervolgens bij alle inschrijvers bij al deze punten “OK” vermeld, voor de nv Stadsbader met de volgende toelichting:

“NV Stadsbader:

- Het offerteformulier is niet ondertekend. Pagina’s 3 tem. 6 van het offerteformulier ontbreken.

Gelet op het feit dat de meetstaat werd ondertekend, waardoor een ondubbelzinnige verbintenis van de inschrijver ontstaat, de vergelijkbaarheid van de offertes nog steeds mogelijk is en er geen essentiële bepalingen op de ontbrekende bladzijden voorkomen, wordt de offerte aanvaard.

- De vereiste documenten ‘Veiligheid en Gezondheid’ zijn niet toegevoegd. Het bestuur heeft deze ontbrekende documenten opgevraagd en verkregen.”

Na verbetering van de offertes, wordt de nv Stadsbader met een prijs van 4.720.313,30 euro, btw inbegrepen, als laagste inschrijver eerste gerangschikt vóór verzoekende partij met een prijs van 4.732.289,18 euro, btw inbegrepen.

Het gunningsverslag besluit :

“Gelet op de voorgaande administratieve en technische analyse wordt de opdracht van werken op basis van bijzonder bestek nr. GD 13/2011 – Omgevingswerken toegangszone Gentbrugse Meersen in Gent/Gentbrugge toegewezen aan NV Stadsbader [...] voor een bedrag van € 4.720.313,30, incl. 21 % BTW”.

3.5. Op 28 juni 2012 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent dit gunningsverslag goed en beslist het de in het geding zijnde opdracht te gunnen aan de nv Stadsbader.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Met een brief van 6 juli 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij “overeenkomstig artikel 25 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken” [hierna ook: koninklijk besluit van 8 januari 1996] mee dat haar offerte niet werd gekozen. *In fine* wordt gewezen op de mogelijkheid tegen deze beslissing bij de Raad van State een vordering tot nietigverklaring en/of schorsing in te stellen volgens de modaliteiten in bijlage. De gemotiveerde beslissing zelf wordt niet bijgevoegd.

3.7. In een blijkbaar aangetekend en via telefax verzonden brief gedateerd op 13 juli 2012 deelt de raadsman van verzoekende partij mee dat in strijd met artikel 65/4, 65/5 en 65/8 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten [hierna ook : de wet van 24 december 1993] geen gemotiveerde gunningsbeslissing werd meegedeeld, dat ook de beroepsmogelijkheden waarnaar wordt verwezen in het licht van artikel 65/14 en 65/15 van die wet achterhaald zijn, dat de beroepstermijn bepaald in artikel 65/23 bijgevolg niet begint te lopen tot wanneer verzoekende partij in het bezit is van de gemotiveerde gunningsbeslissing en dat verwerende partij dan ook niet tot sluiting van de opdracht zal kunnen overgaan.

3.8. Met een brief en e-mail van 27 juli 2012 deelt verwerende partij de gemotiveerde gunningsbeslissing en het gunningsverslag mee. Zij maakt voorbehoud bij de bewering dat niet tot sluiting van de opdracht kan worden overgegaan aangezien de opdracht de Europese drempel niet overschrijdt en de wachttermijn bepaald in artikel 35/11 [lees: 65/11] van de wet van 24 december 1993 dus niet geldt.

3.9. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd op 25 juli 2012 heeft verwerende partij aan de nv Stadsbader meegedeeld dat de opdracht aan haar werd toegewezen.

3.10. In een blijkbaar aangetekende en via e-mail verzonden brief gedateerd op 1 augustus 2012 stelt verzoekende partij dat de gunningsbeslissing onregelmatig is om de redenen zoals hernomen in het enig middel, en vraagt zij om die beslissing te heroverwegen en de opdracht dienvolgens aan haar te gunnen als laagste regelmatige inschrijver. Tevens vraagt zij te laten weten of al dan niet de opdracht reeds werd gesloten. Zij vraagt een antwoord uiterlijk op 6 augustus 2012 om 12 u.

3.11. In een antwoordbrief van 6 augustus 2012 betwist verwerende partij dat de gunningsbeslissing onregelmatig is.

Op de grief dat het offerteformulier door de nv Stadsbader niet werd ondertekend terwijl dit een substantiële onregelmatigheid is die niet wordt goedge maakt door de ondertekening van de meetstaat, en dat 3 bladzijden werden weggelaten met onder meer de verplicht te vermelden sluitingsperiode en met de vraag hoe dan de kwalitatieve selectie kon gebeuren, antwoordt verwerende partij :

“Voor wat betreft het gebrek aan ondertekening van het offerteformulier. De offerte werd op verschillende plaatsen (o.a. de meetstaat) ondertekend door Stadsbader nv. O.a. door de bijkomende vermeldingen bij deze handtekeningen blijkt dat Stadsbader nv zich heeft verbonden om de opdracht uit te voeren conform de voorwaarden van het bestek en aan de door haar opgegeven prijs. Het weren van een offerte op basis van het niet op de juiste plaats ondertekenen van het offertebiljet is o.i. niet billijk. Op de 3 ontbrekende bladzijden zijn geen gegevens terug te vinden die relevant zijn om:

1. Een ondubbelzinnige verbintenis van de inschrijvers te verkrijgen
2. De vergelijkbaarheid van de offertes mogelijk te maken
3. Te voorkomen dat bedrog zou worden gepleegd, waardoor het geheim en onpartijdig verloop van de gunningsprocedure zou worden geschonden.

Het weren van de offerte om reden van het ontbreken van deze bladzijden (incl. het ontbreken van de sluitingsperiode) staat o.i. niet in verhouding. Al deze redenen samengenomen werd beslist de offerte van Stadsbader nv als regelmatig te beschouwen. De ontbrekende gegevens in het offertebiljet zijn immers niet van die aard dat de regelmatigheid van de offerte wordt aangetast.”

3.12. Op 10 augustus 2012 dient verzoekende partij de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij werpt op dat de vordering tot schorsing “wetshalve onontvankelijk is” nu de opdracht, “geraamd op 4.723.213,29 euro, inclusief btw beneden de Europese drempelwaarden ligt”, de opdracht werd “gegund” [lees: gesloten] bij bericht van 25 juli 2012 aan de nv Stadsbader en “overeenkomstig artikel 65/30 van de wet van 23 december 2009 [lees: 24 december 1993] dergelijke opdracht niet meer [kan] worden geschorst of onverbindend verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten”. Aangezien artikel 65/30 van die wet op een algemene wijze is geformuleerd, dient het volgens verwerende partij “noodwendig door elk rechtscollège in acht te worden genomen” en dus zowel door de “gewone” rechter als door de administratieve rechter.

Beoordeling

5. 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.

Artikel 65/13 van de wet van 24 december 1993, door de voormelde wet van 23 december 2009 daarin ingevoegd, bepaalt :

“De schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing door de verhaalinstantie leidt van rechtswege tot de schorsing van de uitvoering van de opdracht die in strijd met artikel 65/11 zou zijn gesloten.

De aanbestedende instantie stelt de begunstigde onverwijld van deze schorsing in kennis en beveelt hem de uitvoering van de opdracht, al naargelang, niet te beginnen of stop te zetten.

Wanneer na de schorsing van rechtswege van de uitvoering van de opdracht geen enkele vordering tot nietigverklaring van de gunningsbeslissing of tot onverbindendverklaring van de opdracht wordt

ingediend binnen de toepasselijke termijnen bepaald in artikel 65/23, worden de schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing en van de opdracht van rechtswege opgeheven.”

Hieruit volgt dat de sluiting van de opdracht tijdens de wachtperiode, bepaald door artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993, de niet gekozen inschrijver niet elk belang bij de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing ontnemt.

6. De sluiting van de opdracht die volgt op de gunningsbeslissing, mag luidens artikel 65/11, eerste lid, van de wet van 24 december 1993, in geen geval plaatsvinden vóór het verstrijken van een termijn van vijftien dagen die ingaat de dag nadat de gemotiveerde beslissing aan de betrokken kandidaten en inschrijvers overeenkomstig artikel 65/8, § 1, derde lid, is verzonden. Indien deze verzendingen niet tegelijk gebeuren, gaat de termijn voor de betrokken kandidaat of de betrokken inschrijver in de dag na de laatste verzendingsdatum. Wanneer een in artikel 65/15 bedoelde vordering tot schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing wordt ingediend binnen die termijn, mag de aanbestedende instantie, luidens artikel 65/11, tweede lid, de opdracht niet sluiten voordat de verhaalinstantie, in voorkomend geval van eerste aanleg, uitspraak heeft gedaan, hetzij over de vordering tot voorlopige maatregelen, hetzij over de vordering tot schorsing.

Dit artikel 65/11 is niet enkel toepasselijk op de opdrachten die de Europese drempelwaarden bereiken - voor werken hier 5.000.000 euro, btw niet inbegrepen (art. 1, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken) - de uitzonderingen in artikel 65/12 lijken te dezen niet relevant, maar luidens artikel 65/30, eerste lid, van de wet van 24 december 1993, ook op de opdrachten voor werken die verplicht zijn onderworpen aan een Belgische bekendmaking en waarvan het goed te keuren bedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde ligt tussen het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking en een bedrag dat de helft bedraagt van het tweede genoemde bedrag. De uitzondering voor opdrachten voor werken

inzake defensie als bedoeld in artikel 346, 1, b), van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, lijkt te dezen niet relevant.

De geraamde waarde van de voorliggende opdracht bereikt weliswaar niet het Europees drempelbedrag, maar de opdracht valt wel onder voormeld artikel 65/30, eerste lid, van de wet van 24 december 1993. Het gaat immers om een aanneming van werken die verplicht is onderworpen aan een Belgische bekendmaking en het goed te keuren bedrag zonder btw, 3.901.085,37 euro voor de 4 schijven ligt tussen dat Europees drempelbedrag en de helft ervan.

Aldus is artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993, via artikel 65/30, eerste lid, te dezen toepasselijk en diende verwerende partij dus de wachtperiode na te leven.

Indien dit artikel 65/30, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 zoals te dezen, toepasselijk is, is luidens artikel 65/32, eerste lid, ook het hiervoor aangehaalde artikel 65/13 toepasselijk.

7. Overeenkomstig het in de wet van 24 december 1993 nieuw ingevoegde artikel 65/23, §§ 1 en 3, dient de in artikel 65/15 bedoelde vordering tot schorsing - bedoeld wordt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid - “op straffe van niet-ontvankelijkheid” te worden ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”.

Op het eerste gezicht lijkt de voormelde kennisgeving bij brief van 6 juli 2012 niet als een afdoende kennisgeving in de zin van artikel 65/8, § 1, eerste lid, 3°, van de wet te kunnen worden beschouwd nu overeenkomstig deze bepaling de aanbestedende instantie onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing kennisgeving doet van de “gemotiveerde beslissing” aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen. Ook uit de parlementaire voorbereiding bij voormelde bepaling van de wet blijkt dat “de gemotiveerde gunningsbeslissing” “integraal” dient te worden meegedeeld (*Parl.St.* Kamer, 2009-10, nr. 52-2276/21). Het is overigens niet ondenkbaar dat een verzoekende

partij in een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tevens middelen wenst op te werpen die kleven aan de eigenlijke gunningsbeslissing.

Bij de kennisgeving bij brief van 6 juli 2012 werd te dezen de gemotiveerde gunningsbeslissing echter niet bijgevoegd en deze kennisgeving lijkt dan ook alleen al om die reden de beroepstermijn van 15 dagen niet te hebben doen lopen en dus ook niet de wachttermijn bedoeld in artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993 zonder dat het argument van verzoekende partij nog dient te worden onderzocht over het niet vermelden van de juiste beroepsmogelijkheden.

Nog daargelaten de vraag of deze nieuwe kennisgeving voldeed aan alle voorwaarden om de wachttermijn te doen lopen, kon deze dan ook slechts ten vroegste een aanvang nemen door de kennisgeving van de gemotiveerde beslissing en het gunningsverslag bij brief van 26 juli 2012.

Aangezien aldus de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend op 10 augustus 2012 in ieder geval werd ingediend binnen die wachttermijn, mocht verwerende partij, luidens artikel 65/11, tweede lid, van de wet van 24 december 1993 de opdracht niet sluiten voordat de Raad van State over die vordering uitspraak heeft gedaan.

8. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd op 25 juli 2012 deelde verwerende partij aan de nv Stadsbader echter mee dat de opdracht aan haar werd toegewezen. Vervolgens wordt het toewijzingsbedrag voor schijven 1, 2 en 3 vermeld - 3.711.558,29 euro, btw niet inbegrepen, en meegedeeld dat de “bestelling van schijf vier slechts zal gegeven worden als de budgettaire toestand het toelaat”. Er wordt voorts meegedeeld dat de aanvangsdatum bepaald wordt in onderling overleg en gevraagd binnen 30 kalenderdagen “na deze betekening” het bewijs van de borgstelling te leveren. Volgens verwerende partij werd hierdoor de opdracht gesloten.

Aldus lijkt elke overeenkomst tussen verwerende partij en de gekozen inschrijver tot stand gekomen betreffende de opdracht gesloten met miskenning van de wachtperiode die artikel 65/11 *juncto* artikel 65/30, eerste lid,

van de wet van 24 december 1993 aan verwerende partij oplegt en lijkt bijgevolg ook artikel 65/13 van deze wet toepasselijk.

9. Verwerende partij gaat in de exceptie aan dit alles voorbij en verwijst ook ten onrechte naar artikel 65/30, derde lid, van de wet van 24 december 1993. Dit artikel 65/30, derde lid, lijkt immers te moeten wijken voor artikel 65/30, eerste lid, dat de opdrachten betreft waarvoor krachtens artikel 65/32, eerste lid, niet alleen voornoemd artikel 65/13 geldt maar ook de artikelen 65/19 tot 65/22 en dus ook artikel 65/21 dat bepaalt :

“Behalve in de in de artikelen 65/13 en 65/17 tot 65/20 bepaalde gevallen kan de opdracht, zodra die is gesloten, niet meer geschorst of onverbindend worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten”.

10. Voorts leidt, ook wanneer geen wachttermijn geldt, het sluiten van de opdracht niet tot de onontvankelijkheid van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid gericht tegen de gunningsbeslissing.

11. De exceptie dient dan ook te worden verworpen.

V. De schorsingsvoorwaarden

12. 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.

Te dezen is evenwel 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 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.

Dit artikel 65/15 is krachtens artikel 65/31 toepasselijk op de opdrachten die de Europese drempelwaarden niet bereiken.

13. In de mate dat verwerende partij in de nota in dit verband opmerkt dat verzoekende partij zelf stelt dat de dreiging van een nakende contractsluiting een voldoende bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel vormt en dat “bij sluiting van de opdracht de overeenkomst tot stand komt” en de verzoekende partij haar doelstelling - de opdracht zelf te kunnen uitvoeren - verloren zal zien gaan, en verwijst naar haar exceptie van niet-ontvankelijkheid omdat de opdracht reeds werd gesloten en niet (meer) geschorst kan worden, gaat zij aan het voorgaande voorbij.

Zoals reeds opgemerkt in het kader van die exceptie, gaat zij voorts ook voorbij aan het bepaalde in artikel 65/13 en 65/21 van de wet van 24 december 1993 te dezen toepasselijk nu de opdracht valt onder artikel 65/30, eerste lid, en lijkt de opdracht in elk geval nog niet gesloten voor schijf vier.

14. 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 het enige middel

Standpunt van de partijen

15. In het enige middel roept verzoekende partij de schending in van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 89, 90 en 110, § 1 en 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 van “de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, de (materiële) motiveringsplicht en het pater[e] legem quam ipse fecisti-beginsel”,

“DOORDAT, eerste onderdeel, uit het gunningsverslag d.d. 12.06.2012 blijkt dat het offerteformulier van de begunstigde inschrijver niet werd ondertekend;

DAT, verwerende partij evenwel besloot deze substantiële onregelmatigheid door de vingers te zien met verwijzing naar het feit dat de meetstaat wel werd ondertekend, waardoor er naar haar mening een ondubbelzinnige verbintenis van de inschrijver zou bestaan;

EN DOORDAT, tweede onderdeel, uit dit gunningsverslag eveneens blijkt dat pagina's 3 t.e.m. 6 van het offerteformulier ingediend door de begunstigde inschrijver ontbreken;

DAT, verwerende partij de betrokken offerte niettemin aanvaardde ‘gelet op het feit dat de vergelijkbaarheid van de offertes nog steeds mogelijk is en er geen essentiële bepalingen op de ontbrekende bladzijden voorkomen’;

EN DOORDAT, derde onderdeel, het gunningsverslag tevens vaststelt dat de begunstigde inschrijver de vereiste documenten 'Veiligheid en Gezondheid' niet toevoegde aan zijn offerte;

DAT, verwerende partij die ontbrekende documenten na de opening van de offertes heeft opgevraagd en verkregen en ook deze onregelmatigheid derhalve heeft genegeerd;

TERWIJL, eerste onderdeel, artikel 89, lid 2 ARO-KB voorschrijft dat de documenten door de inschrijver of zijn gemachtigde worden ondertekend;

DAT, uit de samenlezing van het eerste en het tweede lid van artikel 89 ARO-KB voortvloeit dat onder ‘deze documenten’ zowel de offerte als de samenvattende opmetingsstaat dient te worden begrepen;

DAT, het bijzonder bestek deze verplichting tot ondertekening van beide documenten ook expliciet overnam;

DAT, de niet-ondertekening van de offerte een substantiële onregelmatigheid uitmaakt, die - bij gebreke aan een ondubbelzinnige

verbintenis van de inschrijver - de absolute nietigheid van de offerte impliceert;

DAT, de motieven op basis waarvan de betrokken offerte toch regelmatig werd verklaard, niet afdoend of pertinent zijn;

DAT, de bijkomende motieven die verwerende partij naderhand aanreikte, niet schijnen te stroken met de vaststellingen in het (nochtans grondig opgestelde) gunningsverslag;

TERWIJL, tweede onderdeel, artikel 89, lid 1 ARO-KB stipuleert dat de inschrijver zijn offerte opmaakt op het eventueel bij het bestek horende formulier en dat, indien hij deze op andere documenten maakt dan op het voorziene formulier, hij op ieder van deze documenten moet verklaren dat het document conform het bij het bestek behorende model is;

DAT, het bijzonder bestek het bijhorende model van offerte en de bijgevoegde samenvattende opmetingsstaat uitdrukkelijk 'van toepassing verklaarde' en voorgaande vereiste m.b.t. het gebruik van andere documenten eveneens expliciet overnam;

DAT, de begunstigde inschrijver - door een onvolledig offerteformulier in te dienen - geen van deze beide aangereikte mogelijkheden naleefde;

EN TERWIJL, artikel 90, § 1 ARO-KB bepaalt welke gegevens in de offerte dienen te worden vermeld;

DAT, verwerende partij - middels het bijzonder bestek - hieraan nog andere verplichte vermeldingen toevoegde;

DAT, de begunstigde inschrijver, door drie pagina's van het offerteformulier achterwege te laten, aan deze vereiste niet voldaan heeft, daar verscheidene van deze gegevens niet werden vermeld in haar offerte;

DAT, deze gegevens - blijkens het gunningsverslag - ook niet elders in de offerte van de begunstigde inschrijver werden vermeld;

EN TERWIJL, artikel 110, § 2 de nietigheid voorschrijft van de offerte die afwijkt van de essentiële bestekbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89;

DAT, zulks aldus eveneens de regelmatigheid van de betreffende offerte aantast;

DAT, verwerende partij niet afdoende motiveerde waarom deze regelmatigheid niet zou dienen te leiden tot de nietigheid van de offerte, daar zij - volstrekt in strijd met het bestek, waarin bepaalde vermeldingen als verplicht werden voorgeschreven - in het gunningsverslag stelt dat deze gegevens 'niet essentieel' zouden zijn;

TERWIJL, derde onderdeel, artikel 90, § 2 ARO-KB stelt dat de inschrijver bij zijn offerte alle bescheiden, modellen, monsters dient te voegen, evenals alle andere inlichtingen die door het bestek worden vereist;

DAT, het bijzonder bestek de toevoeging van de vereiste documenten inzake 'Veiligheid en Gezondheid' tot twee maal toe op straffe van nietigheid voorschrijft;

TERWIJL uit artikel 110, § 2 ARO-KB voortvloeit dat de offerte die afwijkt van een essentiële bestekbepaling, als absoluut nietig dient te worden geweerd;

DAT, de offerte van de begunstigde inschrijver aldus behept is met een substantiële onregelmatigheid aangezien de op straffe van nietigheid voorgeschreven documenten niet werden toegevoegd;

DAT, verweerster deze documenten niettemin naderhand heeft opgevraagd en verkregen en de offerte vervolgens regelmatig verklaarde; DAT, zij zich daartoe gerechtigd acht op grond van artikel 88, § 2 ARO-KB;

TERWIJL, artikel 88, § 2 ARO-KB bepaalt dat het bestek kan bepalen dat de inschrijvers, vóór de gunning van de opdracht, alle inlichtingen moeten verstrekken om de aanbestedende overheid in staat te stellen de aangeboden prijzen te onderzoeken;

DAT, deze bepaling aldus louter betrekking heeft op het prijsonderzoek en zij de aanbestedende overheid niet toestaat ontbrekende documenten op te vragen die geen uitstaans hebben met dit prijsonderzoek;

DAT, het regelmatigheidsonderzoek dient te gebeuren aan de hand van de offerte zoals zij werd ingediend;

ZODAT de bestreden beslissingen de bepalingen en beginselen ter hoogte van het middel hebben geschonden.”

Vervolgens wordt over 17 bladzijden toelichting gegeven.

16. Na een citaat uit de brief van 6 augustus 2012 en een herhaling van de algemene principes inzage de onregelmatigverklaring van een offerte, antwoordt verwerende partij op het eerste onderdeel en het tweede onderdeel samen – namelijk de niet-ondertekening van de offerte en het ontbreken van bladzijden 3 tot en met 6 van het offerteformulier, - in de eerste plaats dat de offerte van de nv Stadsbader wel degelijk werd ondertekend, zij het niet op de daartoe geëigende plaats. Na het voegen van de samenvattende meetstaat aan of het incorporeren in de offerte (namelijk volgend op bladzijde 2), heeft de nv Stadsbader per vergissing of vergetelheid de bladzijden 3 e.v. van de offerte niet meer toegevoegd (namelijk volgend op de meetstaat van in totaal 61 bladzijden) maar de gedetailleerde meetstaat van 61 bladzijden werd wel op de eerste en laatste bladzijde ondertekend door haar gedelegeerd bestuurder. Verwerende partij heeft hieruit naar eigen zeggen met recht en rede mogen, kunnen en moeten besluiten dat de nv Stadsbader zich heeft verbonden om de opdracht uit te voeren conform de voorwaarden van het bestek en aan de door haar opgegeven prijs.

Volgens verwerende partij oordeelde zij voorts, in de bestreden beslissing, terecht dat er geen essentiële bepalingen op de ontbrekende bladzijden voorkomen nu bladzijde 3 van de offerte enkele nadere vermeldingen bevat inzake de administratieve toestand van de aannemer (RSZ-nr., BTW-nr., erkenning, enz.) die eveneens (en trouwens gedetailleerder) blijken uit de meegeleverde attestaties en getuigschriften, bladzijde 4 eventuele nadere vermeldingen bevat omtrent niet essentiële elementen zoals woonplaats van onderaannemers, nationaliteit van personeel, enz. en bladzijden 5 en 6 nadere vermeldingen bevatten omtrent rekeningnummer en sluitingsperioden, alsmede een aantal verklaringen betreffende uitsluitingstoestanden van artikel 17 § 1 en 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, en omtrent dit laatste werden eveneens formele attestaties en getuigschriften bijgevoegd. Ook in de brief van 6 augustus 2012 oordeelde zij daarom naar eigen zeggen terecht dat “op de 3 ontbrekende bladzijden [...] geen gegevens terug te vinden [zijn] die relevant zijn om:

- 1) Een ondubbelzinnige verbintenis van de inschrijvers te verkrijgen
 - 2) De vergelijkbaarheid van de offertes mogelijk te maken
 - 3) Te voorkomen dat bedrog zou worden gepleegd, waardoor het geheim en onpartijdig verloop van de gunningprocedure zou worden geschonden
- Het weren van de offerte om reden van het ontbreken van deze bladzijden (incl. het ontbreken van de sluitingsperiode) staat o.i. niet in verhouding”.

Verwerende partij betoogt ook nog dat, door enerzijds de vermelding op bladzijde 1 van de offerte van zowel de identiteit van de inschrijvende vennootschap als de identiteit van de vertegenwoordiger van de vennootschap én anderzijds de ondertekening van de navolgende meetstaat op meerdere plaatsen door de kwestieuze vertegenwoordiger van deze vennootschap, er niet de minste juridische twijfel over kan bestaan dat deze vennootschap zich eveneens heeft verbonden op haar roerende en onroerende goederen, zoals uitdrukkelijk aangegeven op de hieraan voorafgaande bladzijde 1 van de offerte “(onafgezien van de vaststelling dat ingevolge artikel 7 van de Hypotheekwet elkeen die zich persoonlijk heeft verbonden wetshalve gehouden is zijn

verbintenissen na te komen onder verband van al zijn goederen, hetzij roerende, hetzij onroerende, zo tegenwoordige als toekomstige)”.

Op het derde onderdeel - het niet toevoegen van de documenten “Veiligheid en Gezondheid”- antwoordt verwerende partij dat de ingediende offerte van de nv Stadsbader wel degelijk een veiligheids-, gezondheids- en milieudossier bevatte, dat het bestek inderdaad bepaalt dat inzake “Veiligheid en Gezondheid” op straffe van nietigheid “een verklaring overeenkomstig art. 30 van het KB van 25 januari 2001” en “een afzonderlijke prijsberekening” moet worden voorgelegd en dat verwerende partij meent dat aan deze voorwaarde effectief werd voldaan. De laatste 30 bladzijden van de offerte van de nv Stadsbader betreffen immers het VGM-dossier en het VGM-plan en specifiek is op bladzijde 2 van het VGM-dossier onder 1.1. een verklaring opgenomen inzake het voldaan zijn aan het koninklijk besluit van 25 januari 2001 en is onder 1.3 een prijsberekening opgenomen, zoals vereist door het bestek. Er werd echter geen gebruik gemaakt van de door het bestuur aangeleverde documenten (van BTV) en evenmin was er een gedetailleerde prijsberekening. Gelet op het feit dat er geen nieuwe gegevens moesten worden aangebracht, maar enkel een concretere omschrijving gegeven, en aangezien artikel 88 § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat de aanbestedende overheid bijkomende inlichtingen mag inwinnen om zodoende in staat te zijn de aangeboden prijzen te onderzoeken, werd dan ook terecht beslist deze documenten alsnog op te vragen. Bij een onvolledige offerte staat ook artikel 115, vijfde lid, de aanbestedende overheid toe “in contact te treden” met de inschrijvers, maar enkel “om de inhoud van hun offerte te preciseren of aan te vullen”, wat *in casu* is geschied. De gelijkheid tussen de inschrijvers werd door het opvragen van deze informatie op geen enkele manier geschonden en de vergelijking en beoordeling van de offertes is gebeurd na het verkrijgen van de gevraagde gegevens. De vermelding in het gunningsverslag dat de vereiste documenten “Veiligheid en Gezondheid” niet werden gevoegd en dat de ontbrekende documenten werden opgevraagd, is ten slotte volgens verwerende partij uiteraard niet strijdig met de voormelde uiteenzetting.

Het niet-gebruiken van de door het bestuur aangereikte documenten kan ten slotte volgens verwerende partij op zich niet tot een nietigheid leiden.

Beoordeling

17. Luidens artikel 15 van de wet van 24 december 1993 dient, bij openbare of beperkte aanbesteding, bij toewijzing, de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die laagste regelmatige offerte indiende.

18. Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat “onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande [kan] beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

Dit artikel 110, § 2, maakt aldus een onderscheid tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn -dit is de substantiële onregelmatigheid- omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer die welke betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid -de relatieve onregelmatigheid- waarin het bestuur de mogelijkheid heeft om de inschrijvingen als nietig te beschouwen. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, moet dan ook *in concreto* in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier worden beantwoord. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbeepaling betreft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële besteksbeepaling, moet het bestuur die offerte vervolgens buiten

beschouwing laten. Ter zake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid. Indien de offerte daarentegen enkel relatieve onregelmatigheden bevat, is de aanbestedende overheid vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. In het ene en het andere geval moet de beoordeling zijn uitgegaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit zorgvuldig onderzoek.

Eerste onderdeel

19. Artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt:

“De inschrijver maakt zijn offerte op en vult de samenvattende opmetingstaat of de inventaris in op het eventueel bij het bestek behorende formulier. Indien hij deze op andere documenten maakt dan op het voorziene formulier moet de inschrijver op ieder van deze documenten verklaren dat het document conform het bij het bestek behorende model is.

De documenten worden door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend.

Doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel in de offerte als in de bijlagen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, moeten eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden. De bepalingen van dit lid zijn niet van toepassing indien de offerte en de bijlagen met een elektronische handtekening worden ondertekend”.

20. Artikel I.7 van het bijzonder bestek bepaalt onder meer dat “de documenten (samenvattende opmetingsstaat en offerte) [...] door de inschrijver of zijn gemachtigde worden ondertekend” en dat, indien de inschrijver zijn offerte maakt op andere documenten dan op het voorziene formulier op ieder document de verklaring moet worden opgenomen “ dat hij [verklaart] te hebben nagezien dat de erna vermelde gegevens in volstreekte overeenstemming zijn met de vermeldingen op de door het bestuur verstrekte offerte(n) of samenvattende opmetingsstaat(aten) en dat hij daarvoor de volledige verantwoordelijkheid op [zich] neemt”.

21. Vastgesteld kan worden dat in het door de nv Stadsbader ingediende offerteformulier de bladzijden 3 tot en met 6, dit zijn volgens het modelformulier de bladzijden na de op bladzijde 2 op te nemen en te ondertekenen samenvattende meetstaat, ontbreken. Dit offerteformulier werd dan ook niet, achteraan op bladzijde 6, ondertekend. Wel is de meetstaat onderaan ondertekend en staat een handtekening bovenaan op de eerste bladzijde van de meetstaat onder de voormelde verklaring.

Deze laatste handtekening lijkt enkel de ondertekening van de voormelde verklaring en lijkt aldus niet te kunnen worden beschouwd als ondertekening van de offerte.

De handtekening bovenaan de meetstaat volgt op de vermelding op bladzijden 1 en 2 van het offerteformulier dat de nv Stadsbader zich verbindt op zijn roerende en onroerende goederen tot uitvoering, overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van het bestek, van de in het bestek beschreven opdracht, tegen de som van 3.898.057,68 euro, btw niet inbegrepen, berekend op grond van de hoeveelheden van de erna volgende opmetingsstaat, en werd door verwerende partij als voldoende beschouwd.

Het bestek schrijft echter voor dat de inschrijver zowel de samenvattende opmetingsstaat als “de offerte” ondertekent en hieruit lijkt voort te vloeien dat dit afzonderlijke documenten van de inschrijving zijn. Weliswaar wordt de meetstaat in het bij het bestek gevoegde offerteformulier opgenomen in het inschrijvingsformulier. Hieruit lijkt in de omstandigheden van deze zaak echter niet te kunnen worden afgeleid dat het gaat om één document nu ook in het offerteformulier de ondertekening van de meetstaat op zich wordt gevraagd.

22. De vereiste ondertekening van het inschrijvingsbiljet lijkt een substantiële formaliteit te betreffen, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft. Het gebrek aan

ondertekening lijkt niet te kunnen worden gedekt nu zulks onzekerheid met zich kan meebrengen betreffende de verbintenissen van de inschrijvers. Deze verbintenissen omvatten te dezen, zoals blijkt uit het inschrijvingsbiljet gevoegd als bijlage bij het bestek, onder meer dat de inschrijver zich verbindt op zijn roerende en onroerende goederen tot de uitvoering, “overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van voornoemd bestek”, van de in het bestek beschreven opdracht. Zulks lijkt meer in te houden dan hetgeen de verwerende partij betoogt, steunend op artikel 7 van het hypotheekwet op grond waarvan elkeen die zich verbindt, al zijn goederen verbindt.

De ondertekening van de meetstaat alleen lijkt bijgevolg niet te kunnen volstaan.

23. Aldus lijkt er geen ondertekende offerte voorhanden, lijkt de inschrijving dus substantieel onregelmatig en had het bestuur de betrokken offerte vervolgens als nietig buiten beschouwing moeten laten. Het eerste onderdeel is dan ook ernstig.

Derde onderdeel

24. Artikel 30, tweede lid, 1° en 2° van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, 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”.

Het bestek verwijst in artikel I.7 onder de bij de offerte te voegen stukken onder meer naar :

“- Veiligheid & Gezondheid:

- een verklaring overeenkomstig art 30 van het KB van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen waarbij verwezen wordt naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarbij beschreven wordt op welke wijze men het bouwwerk zal uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan

- een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen.

De kosten voor deze maatregelen dienen verdeeld te worden en moeten inbegrepen zijn in de eenheidsprijzen van de offerte.”

Volgens het bestek moeten “[d] eze documenten ‘Veiligheid & Gezondheid’ [...] op straffe van nietigheid worden voorgelegd”.

25. Het lijkt dat indien het bestuur aan sommige bepalingen van het bestek uitdrukkelijk de sanctie van de nietigheid verbindt, het zich laat begrijpen dat die besteksbepalingen van essentieel belang worden geacht. Het niet nakomen van de in die bepalingen voorgeschreven verplichtingen leidt in principe tot een substantiële onregelmatigheid.

26. In zijn “nota: beoordeling offerte” stelt de coördinator-ontwerp BTV vast dat de nv Stadsbader de intentieverklaring V&G voorschrijven, de “specifieke maatregelen bij kritieke fasen” - het gaat, zo lijkt om document “8. Specifieke maatregelen bij kritieke fasen” en de “gedetailleerde prijsopgave veiligheidsvoorschriften” - het gaat, zo lijkt, om document “7. Meetstaat voor veiligheidsvoorzieningen” opgenomen achteraan het bij het bestek gevoegde V&G plan met de vermelding “in te vullen en bij de offerte te voegen” - niet heeft

bijgevoegd, en concludeert dat deze inschrijver “onvoldoende in overeenstemming is met de bepalingen van het VGP”.

In een e-mail van 23 mei 2012 deelt ook verwerende partij zelf aan de nv Stadsbader mee dat haar inschrijving “onvoldoende in overeenstemming is met de bepalingen van het veiligheids- en gezondheidsplan. De laatste drie bladzijden (intentieverklaring, de specifieke maatregelen bij kritieke fasen en gedetailleerde prijsopgave) dienden ingevuld bij de offerte gevoegd te worden” en dat “jullie offerte niet voor toewijzing in aanmerking kan komen indien wij niet over dit formulier beschikken”. De nv Stadsbader wordt gevraagd dit zo snel mogelijk te bezorgen. De nv Stadsbader dient vervolgens met een e-mail van 24 mei 2012 de volgende stukken mee: intentieverklaring V&G, een “gedetailleerde prijsopgave voor de veiligheidsmaatregelen” - dit is het voormelde document “7. Meetstaat voor veiligheidsvoorzieningen” en “specifieke maatregelen bij kritieke fasen” - dit is het voormelde document “8. Specifieke maatregelen bij kritieke fasen”.

In het bij de bestreden beslissing horende gunningsverslag stelt verwerende partij zelf vast dat “[d]e vereiste documenten ‘Veiligheid en Gezondheid’ [...] niet [zijn] toegevoegd” en dat “[h]et bestuur [...] deze ontbrekende documenten [heeft] opgevraagd en verkregen.”

Aangezien volgens het bestek de stukken inzake “veiligheid & gezondheid” op straffe van nietigheid moesten worden voorgelegd en deze volgens de bestreden beslissing zelf niet bij de offerte waren gevoegd, mocht verwerende partij, zo lijkt, niet zonder schending van het eigen bestek en dus 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, deze stukken alsnog opvragen en had zij de offerte van de nv Stadsbader substantieel onregelmatig dienen te verklaren.

27. In de voormelde brief van 6 augustus 2012 aan verzoekende partij antwoordde verwerende partij, op het argument dat de offerte van de nv Stadsbader nietig was nu volgens het gunningsverslag de vereiste documenten “Veiligheid en Gezondheid” niet waren bijgevoegd:

“Wat betreft de vereiste documenten ‘Veiligheid en Gezondheid’ kunnen wij u medelen dat de firma Stadsbader wel degelijk documenten heeft toegevoegd aan haar offerte. Conform artikel 30 van het KB van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen werd een document toegevoegd 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 enerzijds én een afzonderlijke prijsberekening anderzijds. Er werd echter geen gebruik gemaakt van de door ons aangeleverde documenten, evenmin was er een gedetailleerde prijsberekening.

Gelet op het feit dat er geen nieuwe gegevens moesten worden aangebracht, maar enkel een concretere omschrijving gegeven, en artikel 88 § 2 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken voorziet dat de aanbestedende overheid bijkomende inlichtingen mag inwinnen om zodoende in staat te zijn de aangeboden prijzen te onderzoeken, werd dan ook beslist deze documenten alsnog op te vragen.

De gelijkheid tussen de inschrijvers werd door het opvragen van deze informatie op geen enkele manier geschonden.”

28. De nv Stadsbader voegt bij de offerte zelf inderdaad een “Veiligheids-, gezondheids- en milieudossier”.

In punt 1.1 “Algemeen” wordt onder meer vermeld “De uit te voeren werken zullen zodanig gefaseerd, gecoördineerd en gestuurd worden dat aan alle eisen van het ARAB, de Codex, het AREI, de Welzijnswet, het KB van 25/01/2001 in het algemeen en aan de bepalingen van het veiligheids- en gezondheidsplan van de veiligheidscoördinator in het bijzonder voldaan wordt”. Vervolgens wordt in punt 1.2 de uitvoeringsmethode beschreven - onder meer dat een inventaris van de hoofd- en deelactiviteiten die nodig zijn om het bouwwerk te realiseren, dat voor elk van deze deelactiviteiten een eerste risico-analyse is uitgevoerd waaruit de preventiemaatregelen blijken die zeker dienen genomen te

worden en waarmee rekening dient gehouden bij de offerte en waarvan de weerslag terug te vinden is in deel 3 van het bijgevoegde VGM-plan, dat deze risico-analyse vóór de start in detail verder wordt uitgewerkt en voorgelegd aan de coördinator-verwezenlijking, dat opnieuw een risico-analyse zal worden uitgevoerd wanneer tijdens de uitvoering blijkt dat bijkomende risico's ontstaan of bestaande risico's onaanvaardbaar worden door onvoorziene omstandigheden, dat de aangepaste of nieuwe risico-analyses en bijhorende preventiemaatregelen ter nazicht zullen worden voorgelegd aan de coördinator-verwezenlijking en dat “hieruit afgeleid kan worden dat onze uitvoeringsmethode minstens dezelfde veiligheidswaarborgen biedt als de methode voorgesteld in het V&G-plan opgemaakt door de coördinator-ontwerp”. Artikel I.3 betreft de prijsberekening en stelt dat de kosten van de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen waarvoor geen afzonderlijke vergoeding is voorzien in het bestek begroot werden op een vervolgens nader bepaald -door de Raad van State vertrouwelijk gehouden- percentage van de aannemingsom en verrekend zijn in de eenheidsprijzen.

29. Met de motivering in de brief van 6 augustus 2012 om dit als voldoende aan te nemen, lijkt geen rekening te mogen worden gehouden nu dit een motivering *a posteriori* is die niet is opgenomen in het gunningsverslag en in de bestreden beslissing zelf en die ingaat tegen de daarin wel opgenomen motivering. Aldus blijkt niet dat de bestreden beslissing op die motieven steunt.

30. Voorts toont verwerende partij ook niet afdoende concreet en specifiek aan dat hiermee, anders dan geadviseerd door de coördinator-ontwerp en dan eerder aangenomen door verwerende partij zelf, voldaan werd aan de in het bestek op straffe van nietigheid vereiste documenten “Veiligheid & Gezondheid”.

Zo wordt in het VGM-dossier bij de offerte weliswaar vermeld dat “de kosten van de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele

beschermingsmaatregelen en -middelen waarvoor geen afzonderlijke vergoeding is voorzien in het bestek [...] door ons [werden] begroot op [...] % van de aannemingssom en zijn verrekend in onze eenheidsprijzen”, maar dit lijkt, zoals zij trouwens in die brief van 6 augustus 2012 zelf stelt, geen gedetailleerde prijsberekening noch te vergelijken met de in het bestek via het bijgevoegde V&G plan gevraagde en in te vullen document “7. Meetstaat voor veiligheidsvoorzieningen”.

In de mate dat verwerende partij in de brief van 6 augustus 2012 en in de nota verwijst naar de mogelijkheid in artikel 88, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bijkomende inlichtingen in te winnen om zodoende in staat te zijn de aangeboden prijzen te onderzoeken en stelt dat de gelijkheid tussen de inschrijvers door het opvragen van deze informatie niet werd geschonden, en in de nota bijkomend verwijst naar artikel 115, vijfde lid, dat de overheid bij onvolledige offerte toestaat in contact te treden met de inschrijvers om de inhoud van hun offerte te preciseren of aan te vullen, en nog daargelaten de vraag of de ingeroepen bepalingen de voorliggende vervollediging zouden dekken, lijken deze gegevens niet relevant, nu het te dezen door de verwerende partij zelf opgestelde bestek de nietigheid van de offerte voorschrijft.

31. Ook het derde onderdeel is bijgevolg ernstig.

32. Zonder dat het tweede onderdeel nog verder dient te worden onderzocht lijkt verwerende partij, gelet op al het voorgaande, in weerwil van de bepalingen van artikel 89 en 110, § 1 en 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en de bepalingen van het eigen bestek, in het bijzonder artikel I.7, de offerte van de nv Stadsbader ten onrechte te hebben aanvaard en lijkt met de bestreden gunningbeslissing de opdracht te zijn gegund aan een inschrijver met een onregelmatig ingediende en dus niet in aanmerking te nemen offerte. Zulks is in strijd met artikel 15 van de wet van 24 december 1993, op grond waarvan bij een openbare aanbesteding de opdracht dient te worden toegewezen aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte.

33. Het enig middel lijkt in de besproken mate ernstig. Het leidt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningbeslissing en van de impliciete weigering om de opdracht aan verzoekende partij te gunnen.

Indien verwerende partij, staande voor het schorsingsarrest, en zonder het arrest betreffende de nietigverklaring af te wachten, een nieuw besluitvormingsproces aanvat betreffende de opdracht, zal zij daarbij rekening dienen te houden met de in het ernstig bevonden middel gedane vaststellingen die voorlopig uitwijzen dat de opdracht niet naar de eerst gekozen inschrijver mag gaan en dat, integendeel, mede gelet op de verklaringen van de raadsman van verwerende partij ter terechtzitting, verzoekende partij de inschrijver met de laagste regelmatige offerte lijkt.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van

- de beslissing van 28 juni 2012 van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Gent, waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken “Omgevingswerken toegangszone Gentbrugse Meersen in Gent/Gentbrugge” (bestek referentie GD 13/2011) wordt gegund aan de nv Stadsbader, Kanaalstraat 1 te 8530 Harelbeke;**
- de impliciete beslissing waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken “Omgevingswerken toegangszone Gentbrugse Meersen in Gent/Gentbrugge” (bestek referentie GD 13/2011) aldus niet wordt gegund aan verzoekende partij, de nv Krinkels.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 11 september 2012, 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