

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.150 van 24 oktober 2012
in de zaak A. 206.629/XII-7104**

In zake: 1. de BVBA WEGROSAN/HMVT
2. de BV ORANJEWOUD REALISATIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Abbeloos
kantoor houdend te 9200 Dendermonde
Noordlaan 82-84
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

HAVILAND, intergemeentelijk samenwerkingsverband
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 oktober 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“1. de beslissing dd. 26.04.2012 van het directiecomité van Haviland waarbij de overheidsopdracht voor werken ‘Aanleg containerpark en toegangsweg loods’ is toegewezen aan Aannemingsbedrijf Roos NV [...]
2. aldus inbegrepen de beslissing van het directiecomité van Haviland van diezelfde dag waarbij de offerte van [de bvba Wegrosan/HMVT en de bv Oranjewoud Realisatie] substantieel onregelmatig wordt verklaard.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 oktober 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick Vandendael, die *loco* advocaat Dirk Abbeloos verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Frederic Eggermont, daartoe gemachtigd bij beslissing van 3 november 2011 van de auditeur-generaal, 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. Haviland IGSV (voluit: de dienstverlenende vereniging Inter-gemeentelijk Samenwerkingsverband voor de ruimtelijke ordening en de economische expansie arrondissement Halle-Vilvoorde) maakt een opdracht bekend, gegund volgens de procedure van de openbare aanbesteding, voor werken ter aanleg van een containerpark en de toegangsweg tot een loods te Ternat.

Het bijzonder bestek bepaalt met betrekking tot de veiligheidsvoorschriften:

- “Documenten die de aannemer bij zijn inschrijving moet voegen
- Toepassing van het Koninklijk Besluit betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen.
 - De kandidaten zullen bij hun offertes een document bijvoegen volgens art 30.1° KB TMW waarin zij beschrijven op welke wijze zij de werken zullen uitvoeren rekening houdend met het veiligheids- en gezondheidsplan (document, bijlage 1, zie veiligheid- en gezondheidsplan).
 - De kandidaten zullen eveneens bij hun offerte en document bijvoegen volgens 30.2° KB TMW waarin zij een prijsberekening voegen volgens preventiemaatregelen en- middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en beschermingsmiddelen (document, bijlage 2, zie veiligheid- en gezondheidsplan).
 - Ieder onderneming voeg zijn eigen veiligheids- en gezondheidsplan met de nodige risicoanalyses van de onderneming toe bij de inschrijving. Wanneer de gevraagde inlichtingen in de inschrijving ontbreken of onvoldoende specifiek zijn dit zal leiden tot een ongeldig verklaring van de inschrijving”.

In het veiligheids- en gezondheidsplan is de bijlage 1 waarvan sprake opgenomen – “Bijlage 1: Document ‘werkwijze’ voorzien in art 30, 1° van het KB TMB” – waarin het volgende is te lezen:

“Opdat de maatregelen vastgesteld in het veiligheids- en gezondheidsplan daadwerkelijk zouden kunnen toegepast worden bij de uitvoering van de werken, voegen de kandidaten (in overeenstemming met artikel 30, 1° van het KB TMB) bij hun offertes een document 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.

De inschrijvers gebruiken hiervoor het huidig document door hen ondertekend.

De kritieke fase van dit bouwproject zijn de volgende:

1. Uitgraving voor rioleringsleuf of bouwput tot 1,5 m diepte + type beschoeiing
2. Uitgraving voor rioleringsleuf of bouwput < 1,50 m en >2,50 diepte + type beschoeiing
3. Plaatsen van rioleringbuizen.
4. Plaatsen van inspectieputten
5. Voorzorgsmaatregelen tegen val van hogerop: van aan de rioleringsleuf of bouwput tegen personen en materieel
6. Plaatsen van boorstenen

7. Afkorten (slijpen) van materiaal

Alle inschrijvers zullen bijgevolg de werkwijze tijdens de hierboven vermelde fase beschrijven:

Fase 1:

Fase 2:

Fase 3:

Fase 4:

Fase 5:

Fase 6:

Fase 7:

Bovendien zullen alle inschrijvers in bijlage 2 het document ‘prijsberekening’ voorzien in artikel 30, 2° van het KB TMB (zie bijlage 2) beschrijven in welke posten van de opmetingsstaat en tegen welke prijs zij met de hierboven vermelde preventiemaatregelen en middelen rekening gehouden hebben”.

3.2. Verzoeksters dienen als tijdelijke handelsvennootschap samen een offerte in. Wat betreft bijlage 1 beperken zij zich ertoe “zie bijlage TRA” te vermelden op de plaats waar de inschrijver de werkwijze tijdens de hiervóór geciteerde zeven kritieke fases van het bouwproject moet beschrijven, gevolgd door de vereiste handtekeningen. De bijlagen, waarnaar wordt verwezen, zijn: (1) ontgraven van sleuven, (2) manueel ontgraven, (3) aanvulling sleuven, (4) leggen van pvc-riolering en (5) lijnvormige elementen.

3.3. De opening van de offertes volgt op 2 februari 2012. De offerte van verzoeksters heeft het laagste bedrag van de tien ingediende offertes.

3.4. Een veiligheidscoördinator, gevraagd om advies te geven over het voorgeschreven veiligheids- en gezondheidsplan, adviseert om vijf van de offertes te weren als onregelmatig omdat ze niet voldoen aan de voorwaarden inzake veiligheid die zijn vastgesteld in het bestek. Over de offerte van verzoeksters verantwoordt de veiligheidscoördinator zijn advies als volgt:

“THV/Wegrosan/HMVT bvba - Oranjewoud Realisatie bv

Heeft bijlage 1: niet behoorlijk ingevuld en verwezen naar een bijlage.

De bijlage komt niet overeen met de fase. Omwille dat de documenten niet behoorlijk specifiek werden ingevuld wordt deze inschrijving als ongeldig verklaard.”

3.5. Verwerende partij volgt dit advies. In het aanbestedingsverslag van 30 maart 2012 verklaart zij de offerte van verzoeksters substantieel onregelmatig omdat het veiligheids- en gezondheidsplan niet voldoet:

“De inschrijver bevindt zich in één van de uitsluitingsgevallen volgens het evaluatieverslag van de offertes opgesteld door Haviland en volgens de volgende paragraaf op pagina 13 van het bijzonder bestek: ‘Wanneer de gevraagde inlichtingen in de inschrijving ontbreken of onvoldoende specifiek zijn dit zal leiden tot een ongeldig verklaring van de inschrijving.’. De offerte is substantieel onregelmatig.”

3.6. Op 26 april 2012 beslist het directiecomité van verwerende partij om de opdracht overeenkomstig dit aanbestedingsverslag voorwaardelijk toe te wijzen aan de nv Aannemingsbedrijf Roos, in afwachting van de goedkeuring van het aanbestedingsverslag door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Ternat en door OVAM.

Volgens verwerende partij omdat die goedkeuring op zich liet wachten, duurt het tot 27 september 2012 alvorens deze beslissing betekend wordt. Per e-mailbericht van 4 oktober 2012 worden op vraag van verzoeksters nog de bijlagen overgemaakt, met inbegrip van het verslag van de veiligheidscoördinator.

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

4. Verwerende partij werpt op dat de tweede aangevochten beslissing, zoals verzoeksters zelf aangeven, begrepen is in de eerste; het betreft dus geen afzonderlijke beslissing en bij eventuele inwilliging van de vordering volstaat dan ook de schorsing van de eerste beslissing.

5. Een onderzoek van en een uitspraak over de omvang van de te bevelen schorsing 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, niet het geval is.

V. De schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met het te dezen toepasselijk artikel 65/15 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Het eerste middel is geput uit de schending van “het materieel motiveringsbeginsel, als algemeen rechtsbeginsel en als beginsel van behoorlijk bestuur, inbegrepen de schending van de wetgeving overheidsopdrachten, meer bepaald het artikel 65/5, 6° van de Wet van 24 december 1993”.

Verzoeksters zijn het niet eens met de beoordeling door de veiligheidscoördinator, waarbij verwerende partij zich aansloot.

Verzoeksters betogen dat zij een offerte hebben ingediend die beantwoordt aan de vereisten van het bestek inzake het veiligheids- en gezondheidsplan, aangezien zij “achtereenvolgens [hebben] aangeleverd”:

- “- intentieverklaring VG art. 30, 1° K.B. tijdelijke en mobiele werkplaatsen;
- beschrijving van de maatregelen voor kwaliteitsborging en veiligheid conform K.B. tijdelijke en mobiele werkplaatsen;

- document mbt. de werkwijze voorzien in art. 30, 1° K.B. tijdelijke en mobiele werkplaatsen dat wel degelijk is ingevuld – er wordt verwezen naar technische bijlagen – en ondertekend met bijlagen met technische fiches (ten titel van eigen gezondheids -en veiligheidsplan). De bijlagen hebben betrekking op:

- > manueel ontgraven
- > aanvulling steunen
- > leggen van PVC - riolering
- > leggen PE riolering
- > lijnvormige elementen

Deze onderdelen kunnen corresponderen met de fasen zoals aangegeven in het formulier bij het bestek.

- document prijsberekening voorzien in art. 30, 2° K.B. tijdelijke en mobiele werkplaatsen.”

Door te stellen dat hun offerte op dit punt niet behoorlijk was ingevuld of onvolledig was, handelt verwerende partij, waar zij deze motieven overneemt van het aanbestedingsverslag, onjuist. Er is volgens verzoeksters overigens geen enkele besteksbepaling die verbiedt dat het betrokken formulier wordt ingevuld door te verwijzen naar bijgevoegde bijlagen. Er wordt ten slotte niet *in concreto* aangetoond op welk punt de offerte van verzoeksters niet in overeenstemming is te brengen met het bestek.

Beoordeling

8. Luidens het aangevoerde artikel 65/5, 6°, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ bevat de gemotiveerde beslissing om een overheidsopdracht te gunnen:

“de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op de beslissing dat de voorgestelde oplossingen niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties of dat ze niet voldoen aan de vastgestelde prestatie- of functionele eisen”.

9. Verzoeksters vergissen zich *prima facie* indien zij veronderstellen dat het loutere gegeven dat zij een ander document hebben aangewend dan het modeldocument ertoe heeft geleid dat hun offerte onregelmatig is verklaard. Echter, in bijlage 1 van het veiligheids- en gezondheidsplan, waarnaar het toepasselijke bijzonder bestek verwijst, wordt het gebruik van die bijlage voorgeschreven als een voorwaarde – “De inschrijvers gebruiken hiervoor het huidig document door hen ondertekend”. Die voorwaarde lijkt dan wel in te houden dat technische bijlagen die bij een offerte worden gevoegd, de vermeldingen en de door de inschrijver in te vullen gegevens moeten bevatten die in bijlage 1 voorkomen.

10. Verzoeksters ontkennen niet dat zij de zeven in de bijlage 1 uitdrukkelijk opgesomde kritieke fases niet als zodanig hebben beschreven. Verzoeksters hebben, zoals zij het in hun verzoekschrift hernemen, technische bijlagen opgenomen die volgens hen “betrekking [hebben] op” (1) ontgraven van sleuven, (2) manueel ontgraven, (3) aanvulling sleuven, (4) leggen van pvc-riolering en (5) lijnvormige elementen.

Hiervan stellen zij in het verzoekschrift uiteindelijk enkel dat deze “kunnen” corresponderen met de zeven kritieke fases, zonder ook maar enige poging te ondernemen om aan de rechter te verduidelijken op welke wijze deze vijf activiteiten geacht moeten – en niet ‘kunnen’ – worden samen te vallen met de door het bestek vereiste beschrijving van de zeven kritieke fases.

In haar nota merkt verwerende partij dan ook terecht op dat de uiteenzetting van het middel niet verder komt dan enkele algemeenheden, dat verzoeksters zelf niet ertoe komen *in concreto* aan te tonen dat de door hen bijgebrachte informatie zou beantwoorden aan wat is vereist in het bestek en dat zij het aldus aan de Raad van State overlaten om een en ander zelf uit te zoeken aan de hand van de stukken.

11. Daargelaten of die vaststelling niet tot de onontvankelijkheid van het middel moet doen besluiten, oordeelt de Raad van State in de huidige stand van de rechtspleging alleszins dat verzoeksters niet aantonen dat de veiligheidscoördinator, waarnaar de bestreden beslissing verwijst, onterecht oordeelt dat de “documenten niet behoorlijk specifiek werden ingevuld” en dat “[de] bijlage komt niet overeen met de fase”, omdat de technische bijlagen van verzoeksters niet overeenstemmen met de kritieke fases, terwijl het de inschrijvers was opgelegd te beschrijven hoe zij deze fases zouden uitvoeren rekening houdend met het veiligheids- en gezondheidsplan. Terecht kon worden besloten, zo lijkt, dat de gevraagde inlichtingen in de inschrijving van verzoeksters ontbraken, of toch minstens dat ze onvoldoende specifiek waren. De beschrijving van de wijze waarop de aannemers de werken zouden uitvoeren, rekening houdend met het veiligheids- en gezondheidsplan in de zeven onderscheiden kritieke fases van de werken, is nu net de objectieve norm waaraan de inschrijvers worden getoetst en in het licht waarvan zij worden vergeleken.

12. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. In het tweede middel wordt de schending aangevoerd “van het zorgvuldigheidsbeginsel, als algemeen rechtsbeginsel en als beginsel van behoorlijk bestuur, inbegrepen de schending van de wetgeving overheidsopdrachten, meer bepaald het artikel 65/5, 6° van de Wet van 24 december 1993”.

Verzoeksters betogen dat verwerende partij lichtzinnig en op onzorgvuldige wijze is overgegaan tot de onregelmatigverklaring van hun offerte. Blijkbaar waren vijf van de tien offertes, volgens het advies van de veiligheidscoördinator, onvolledig of onduidelijk. Verwerende partij had alles in het werk moeten stellen om aan alle inschrijvers een verduidelijking te vragen, wat betreft

de administratieve formaliteiten, om zo tot een zorgvuldige en draagkrachtige beslissing te komen. Verwerende partij beschikte hier klaarblijkelijk ook over meer dan voldoende tijd, aangezien haar beslissing van 26 april 2012 pas op 27 september 2012 werd overgemaakt aan verzoeksters. Door geen bijkomende informatie op te vragen bij de vermeende onregelmatigheid van de offertes heeft verwerende partij zich niet zorgvuldig gedragen.

Beoordeling

14. Artikel 65/5, 6°, van de wet van 24 december 1993 – dat ziet op de motiveringsplicht – schrijft op het eerste gezicht alvast niet voor dat de aanbe-stedende overheid verplicht is, bij vermeende onregelmatigheid van de offertes, bijkomende informatie op te vragen.

15. Voorts ziet de Raad van State niet welk onzorgvuldig handelen aan verwerende partij te verwijten valt, als zij *prima facie* slechts toepast wat het bestek voorschrijft voor wat de documenten inzake de veiligheidsvoorschriften betreft die de aannemer bij zijn inschrijving moet voegen:

“Wanneer de gevraagde inlichtingen in de inschrijving ontbreken of on-voldoende specifiek zijn dit zal leiden tot een ongeldig verklaring van de inschrijving.”

16. Het middel mist ernst.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

17. Het derde middel ten slotte is geput uit de schending “van de wetgeving overheidsopdrachten, meer bepaald het artikel 65/8, 2° en 3° van de Wet van 24 december 1993, samen gelezen met het zorgvuldigheidsbeginsel, als

algemeen rechtsbeginsel en als beginsel van behoorlijk bestuur” omdat verzoekers pas na zes maanden op de hoogte zijn gebracht van de gunningsbeslissing.

Beoordeling

18. Artikel 65/8, § 1, eerste lid, 2°, en 3°, van de overheidsopdrachtenwet bepaalt dat de aanbestedende instantie onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden of niet is gekozen kennisgeving doet van de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing.

19. Een eventueel gebrek in de kennisgeving “na het nemen van de gunningsbeslissing” heeft mogelijk een invloed op de verjaringstermijn om een beroep in te stellen, maar tast op het eerste gezicht de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet aan.

De schending van artikel 65/8 wordt bijgevolg niet dienstig ingeroepen.

20. Het middel is niet ernstig.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 oktober 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Geert Van Haegendoren