

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.409 van 7 februari 2013
in de zaak A. 207.603/XII-7209**

In zake: de NV HERBOSCH-KIERE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV CEI-DE MEYER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stefaan Beele en Christophe Knockaert
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 26a
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 januari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de raad van bestuur van de nv Waterwegen en Zeekanaal van 21 december 2012 waarbij de offerte van [de nv Herbosch-Kiere] onregelmatig werd verklaard binnen de procedure van openbare aanbesteding voor de uitbesteding van de aanneming van werken betrekking hebbende op de aanleg van zandstocks en

baggerwerken in het kader van onderhoudsbaggerwerken Durme te Hamme en Waasmunster – Zeeschelde LO te Hamme en Zeeschelde RO te Dendermonde (bestek nr. 16EI/12/69), en de opdracht werd gegund aan de nv CEI-De Meyer en niet aan [de nv Herbosch-Kiere]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 18 januari 2013 heeft de nv CEI-De Meyer gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 februari 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Christophe Knockaert, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “Durme te Hamme en Waasmunster: onderhoudsbaggerwerken. Zeeschelde L.O. te Hamme en Zeeschelde R.O. te

Dendermonde: aanleg van zandstocks”. Als gunningswijze wordt gekozen voor de openbare aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 15 oktober 2012 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 18 oktober 2012.

3.3. In het bijzonder bestek 16 EI/12/69 (bladzijde 23) is betreffende de vorm en inhoud van de offerte het volgende opgenomen:

“Art. 90. § 2. Bij de offerte te voegen bescheiden
Bij het offerteformulier moeten, naast de documenten bij te voegen volgens het SB230 voor de waterbouw, de volgende documenten worden gevoegd,
IN DEZE VOLGORDE:

1. [...]
2. [...]
3. het document en de afzonderlijke prijsberekening bedoeld in artikel 30, tweede lid, 1° en 2°, van het KB van 25-01-2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, met name:
 - 1) een document dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin de inschrijver beschrijft op welke wijze hij 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.
4. [...].”

3.4. Inzake de contractuele documenten wordt in het bestek (bladzijde 27) een lijst opgenomen van bepalingen die op de opdracht van toepassing zijn voor zover er niet van wordt afgeweken door de bepalingen van het bestek. In die lijst is onder meer opgenomen: het “veiligheids- en gezondheidsplan dat conform het KB van 25.01.2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen tijdens de studiefase door de coördinator-ontwerp werd opgesteld” en het “KB van 25/01/2001 betreffende tijdelijke of mobiele werkplaatsen”.

3.5. In bijlage III (‘Werkwijze en prijsberekening voorzien in artikel 30, 1°, en 30, 2°, van het KB TMB’) van bijlage 3 (‘Veiligheids- en gezondheidsplan’), opgenomen in deel IV van het bestek, wordt bepaald dat met

toepassing van artikel 30 van het koninklijk besluit 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’, de inschrijver “op straffe van nietigheid” volgend document bij zijn inschrijving moet toevoegen:

Omschrijving	Aantal	Eenh. Prijs	Totaal
Veiligheidscoördinatie –Administratie - Organisatie			
- Opstellen en overhandigen van eigen specifiek werfinrichtingsplan voor deze werf	...	...€	...€
- Tijdig bezorgen technische fiches, asbuilplannen en keuringen van materialen	...	...€	...€
- Opvragen plannen bij nutsmaatschappijen en bouwheer over bestaande plannen met leidingen, detectie en manuele sondering tot 1m –mv. (Air-Liquide)	...	...€	...€
Werfinrichting			
- Plaatsen en in stand houden van volledige werfomheining, wegsignalisatie en signalisatie op waterwegen	...	...€	...€
- Plaatsen werfketen en werfsanitair	...	...€	...€
- Zorgen voor voldoende werfplekverlichting (algemeen, ..	...	...€	...€
Valgevaar (personen + materiaal)			
- Plaatsing levenslijnen of verankeringspunten + gebruik van valharnassen	...	...€	...€
Fysische risico's (Heffen – tillen, lawaai – trillingen, verwondingen ledematen)			
- Plaatsing van gekeurde hef- en hijstoestellen	...	...€	...€
- Gebruik van elektrische installatie die volledig voldoet aan de eisen i.v.m. IP44 (spatwaterdichtheid)	...	...€	...€
- Voorzien van gekeurde brandblustoestellen, type ABC	...	...€	...€
Chemische risico's (Contact gevaarlijke producten, stof)			
- Verwittigen partijen bij ontdekking van mogelijk asbesthoudende materialen	...	...€	...€
Andere preventiemaatregelen en -middelen			
- Gebruik standaard PBM's (veiligheidsschoenen, helm, dracht, gehoorbescherming, veiligheidsbrillen)	...	...€	...€
- Wanneer van toepassing: laten afbreken en afvoeren van asbesthoudend materiaal door daarvoor erkende aannemer en volgens de nieuwe reglementering.	...	...€	...€
Totale kostprijs (excl. BTW)			

Het document wordt in bijlage III als volgt nader omschreven:

“Het document verwijst naar de risico-inventarisatie (RI) en geeft een duidelijke beschrijving van het werfmaterieel dat tijdens de werken zal worden ingezet en de werkwijze welke zal worden toegepast om de diverse fasen van het project van het project uit te voeren rekening houdend met de RI en het bouwplaatsreglement. Hiervoor wordt door de aannemer een afzonderlijke prijsberekening doorgegeven”.

Voorts wordt in die bijlage III nog opgemerkt:

“De totale kostprijs te wijten aan het Veiligheids-, Gezondheids- en Milieuplan (die hierboven gedetailleerd berekend is), is inbegrepen in de eenheidsprijzen van de uit te voeren werken”.

3.6. In de offerte van verzoekende partij wordt voormelde bijlage III niet ingevuld, maar vervangen door onderstaande “afzonderlijke prijsberekening”:

“De door het veiligheids- en gezondheidsplan veroorzaakte kosten, ontstaan op verschillende niveaus en worden op verschillende manieren over de posten verdeeld:

- Herbosch-Kiere heeft 2 voltijdse personeelsleden die als taak hebben het opvolgen van het VCA**-systeem en het assisteren van de werven bij het invullen van de veiligheidsvoorzieningen. De kosten hiervan worden meegeteld in de algemene onkosten en verrekend over alle werken en alle posten. Deze kosten zijn 0,3% van de omzet.
- Kosten die te maken hebben met courante individuele veiligheidsvoorzieningen, zoals helmen, veiligheidsschoenen, handschoenen, brillen, etc. worden gelijkmatig verdeeld als toeslag op de loonkost. Dit betekent 0,2 EUR/uur.
- Kosten die te maken hebben met de veiligheidsvoorzieningen van de machines worden via de afschrijvingen rechtstreeks geboekt op de uurkost van deze machines. De kost hiervan is niet op te geven, omdat de machines steeds aangekocht worden conform de geldende voorschriften.
- Specifieke veiligheidsvoorzieningen, eigen aan bepaalde activiteiten, worden geboekt hetzij rechtstreeks op bepaalde posten, indien dit mogelijk is, hetzij op de werfkosten, die dan op hun beurt verdeeld worden over alle posten. Het percentage is hiervoor 0,5%.
- Wij bevestigen uitdrukkelijk dat al deze kosten met betrekking tot de veiligheid mee opgenomen zijn in onze inschrijfprijs”.

De nv CEI-De Meyer (verzoekende partij tot tussenkomst) heeft voormelde bijlage wel ingevuld.

Voorts wordt in de offerte van verzoekende partij, in het document dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan, het volgende gesteld:

“De nv Herbosch-Kiere is houder van het VCA**-attest, en derhalve verplicht tot het volgen van een aantal procedures conform haar

veiligheidshandboek en conform de regeling betreffende het VCA-systeem.

De eisen die in het veiligheids- en gezondheidsplan, dat hoort bij het bijzonder lastenboek, voorkomen, komen overeen met de eisen die Herbosch-Kiere nv zichzelf steeds oplegt in het kader van de VCA-procedures.

Gezien de volledigheid van het veiligheids- en gezondheidsplan, waar al vele oplossingen aangereikt worden, om de risico's te minimaliseren, verklaren wij, Herbosch-Kiere nv, de werken te zullen uitvoeren in overeenstemming met het door de opdrachtgever opgestelde veiligheids- en gezondheidsplan”.

3.7. De opening van de offertes vindt plaats op 7 december 2012. Er werden zes offertes ingediend, waaronder die van verzoekende partij en de nv CEI-De Meyer.

3.8. De veiligheidscoördinator geeft op 11 december 2012 het volgende advies betreffende de offerte van verzoekende partij:

“[...]

	Ja	Nee	Opmerkingen
[...]	[...]		
Heeft de aannemer bij zijn offerte een afzonderlijke prijsberekening gevoegd in verband met door het VGM-plan bepaalde preventiemaatregelen en –middelen? (Veiligheidsplan, Bijlage III: Prijsopgave conform art30)	V		0,5% van de inschrijvingsprijs.
In welke mate voldoet deze prijsberekening aan de gestelde eisen en is deze opgesteld aan de hand van de opgegeven lijst?		X	Prijs is niet afzonderlijk PER onderdeel ingevuld, zoals bepaald in art. 30.2.

Conclusie:

Er werd geen afzonderlijke prijs per onderdeel opgegeven, zoals bepaald in art. 30, uit ons veiligheid en gezondheidsplan. Er is echter voldoende af te leiden uit de offerte van de aannemer. Dit resulteert in een positief advies.

Er wordt wel gevraagd ons voor de start der werken een afzonderlijke prijsberekening van ons dossier te bezorgen”.

3.9. In het gunningsverslag van 20 december 2012 is betreffende de “formele regelmatigheid” het volgende te lezen:

“Alle inschrijvers dienden een offerte in, voorzien van een offerteformulier, een samenvattende opmetingsstaat en alle noodzakelijke documenten zoals gevraagd onder art. 90 van de administratieve voorschriften, met uitzondering van

[DC.I.], [...].

Herbosch-Kiere nv, die geen afzonderlijke prijsberekening zoals bedoeld in art. 30, 2de lid, 2° van het KB TMB conform bijlage III van het VGP bij zijn offerte heeft gevoegd.

[THV G.][...]”.

Betreffende de “materiële regelmatigheid: inhoudelijke conformiteit van de offertes met het bestek” wordt in het gunningsverslag vastgesteld:

“3. Veiligheid en gezondheid

De veiligheidscoördinator -ontwerp heeft conform art. 11, 4 °van het KB van 25 januari 2001 betreffende de Tijdelijke en Mobiele Bouwplaatsen [...] de offertes bestudeerd en geadviseerd. De veiligheidscoördinator verleent een gunstig advies voor de offertes van alle inschrijvers met uitzondering van de offerte van [DC I.] [...]

[DC.I.], Herbosch-Kiere nv en [THV G.] voegden geen gedetailleerde prijsberekening overeenkomstig art. 30, 2de lid 2, 2° KB TMB. [...]

De prijsberekeningen van Herbosch-Kiere nv en [THV G.] stemmen evenmin overeen met de gedetailleerde prijsberekening zoals deze is gevraagd als bijlage III bij het VGP. De in bijlage III van het VGP omschreven items krijgen immers geen vermelding in de eigen prijsberekening zoals door Herbosch-Kiere nv en [THV G.] is gevoegd.

De afzonderlijke prijsberekening zoals bedoeld in art. 30, 2de lid, 2° van het KB TMB dient te verzekeren dat de aannemer bij zijn prijsberekening rekening heeft gehouden met de veiligheidsmaatregelen zoals voorzien in het VGP. Het onjuist en onvolledig karakter van de gevoegde prijsberekening moet worden aanzien als het niet voegen van het document overeenkomstig artikel 30 KB TMB. Dit niet voegen wordt gesanctioneerd in het bestek met de nietigheid. Bovendien is alleszins uit 30 KB TMB af te leiden dat het voegen van deze documenten als substantieel moet worden aanzien nu deze betrekking hebben op de veiligheid en de naleving van de algemene preventiebeginselen. Bovendien stelt artikel 89 van het KB van

8 januari 1996 uitdrukkelijk dat de elementen met betrekking tot de prijs als essentieel dienen te worden aanzien. De afwezigheid van de afzonderlijke prijsberekening leidt tot een substantiële onregelmatigheid nu dit document betrekking heeft op de prijsvorming”.

In het gunningsverslag wordt dan ook voorgesteld de opdracht te gunnen aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte, zijnde tussenkomende partij.

3.10. Bij beslissing van 21 december 2012 van de raad van bestuur van de nv Waterwegen en Zeekanaal wordt de opdracht gegund aan tussenkomende partij. Dit is de bestreden beslissing.

3.11. Met een ter post aangetekende brief gedateerd op 24 december 2012 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

IV. Tussenkomst

4. Verzoekende partij tot tussenkomst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

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

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

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

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

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

6.1. In het enige middel voert verzoekende partij de schending aan van “art. 30 eerste lid K.B. 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, art. 15 W. 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, art. 110 §2 K.B. 08.01.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, art. 65/4 en 65/5 W. 24.12.1993 en de daarin opgenomen formele motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

Verzoekende partij betoogt dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

“Doordat, de bestreden beslissing de offerte van verzoekende partij onregelmatig verklaart omwille van de omstandigheid dat de afzonderlijke

becijfering van de veiligheids- en gezondheidsmaatregelen overeenkomstig art. 30, tweede lid, 2° K.B. TMB niet werd gevoegd bij de offerte conform de bijlage iii van de Bijlage III van het bestek, waarbij zulks als een substantiële onregelmatigheid werd beschouwd;

Dat hierbij het niet voegen van het formulier aangehecht als bijlage bij het VGP werd gelijkgesteld met het ontbreken van een afzonderlijke becijfering overeenkomstig art. 30, tweede lid, 2° K.B. TMB;

Terwijl, art. 30 K.B. TMB eerste lid aan de opdrachtgever de verplichting oplegt de nodige maatregelen te nemen 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;

Dat voormelde verplichting ertoe leidt dat binnen art. 30, tweede lid K.B. TMB aan de kandidaten op hun beurt bepaalde verplichtingen kunnen worden opgelegd voor het indienen van hun offerte en de daarbij horende stukken, die ertoe strekken te kunnen nagaan of de maatregelen vastgesteld in het VGP daadwerkelijk zouden kunnen worden toegepast bij de uitvoering van werken;

Dat wanneer deze verplichtingen vervolgens door de opdrachtgever worden opgelegd respectievelijk nageleefd in het bestek met toepassing van art. 30 K.B. TMB, het ontbreken van bepaalde stukken in de offerte in hoofde van de inschrijver (verklaring met verwijzing naar VGP en afzonderlijke becijfering) aanleiding kan geven tot een substantiële onregelmatigheid, nu dergelijke stukken verwijzen naar een verplichting van openbare orde in hoofde van de opdrachtgever, en derhalve een essentiële besteksbeplating.

Dat indien echter aan de bepalingen van art. 30, eerste lid K.B. TMB door de opdrachtgever niet wordt voldaan (geen specifiek VGP in een afzonderlijk en daartoe betiteld deel van het bestek), deze tekortkoming verhindert dat de gunningsbeslissing op wettige wijze enige beweerde tekortkoming van het voegen van bepaalde documenten nopens het veiligheids- en gezondheidsplan bij de offerte door de inschrijver zou sanctioneren;

Dat het de gunningsbeslissing in dat geval immers aan de rechtens vereiste juridische grondslag ontbeert binnen de complexe administratieve rechtshandeling die de aanbesteding van de opdracht betreft; dat immers de onwettigheid van het bestek ter zake leidt tot de onwettigheid van de gunningsbeslissing die hierop steunt, minstens de verplichtingen inzake het VGP binnen het bestek niet reglementair werden opgelegd;

Dat minstens het essentieel karakter van het niet voegen van bepaalde documenten zoals de verklaring die verwijst naar het VGP en de afzonderlijke becijfering geenszins op de voormelde reglementaire verplichting van de opdrachtgever ingevolge art. 30 K.B. TMB, noch op dat VGP zelf, kan teruggaan; dat de beoordeling van de regelmatigheid van de offerte in dat geval enkel kan teruggaan op die verplichtingen die het bestek aangaande het VGP op reglementaire wijze heeft voorgeschreven (art. 89 en 90 administratieve bepalingen), zonder kennis te nemen van die

verplichtingen die op onwettige wijze, want in strijd met art. 30 K.B., eerste lid TMB, werden opgenomen in de bijlagen van de bijlagen van het bestek; Dat de beoordeling van de regelmatigheid in de zin van art. 110 §2 K.B. 08.01.1996 die ertoe strekt van de inschrijver verplichtingen te eisen die niet conform art. 30 K.B. TMB werden opgelegd inzake het veiligheids- en gezondheidsplan, zoals het voegen van een rekenblad met eenheidsprijzen per veiligheidsmaatregel opgenomen in een bijlage van een bijlage van het bestek, de rehtens vereiste grondslag ontbeert, voor zover deze verplichtingen niet als essentiële besteksbepaling kunnen worden begrepen nu zij als onwettig buiten beschouwing moeten worden gelaten voor het beoordelen van de plichtplegingen nopens het VGP;

Dat art. 110 §2 K.B. 08.01.1996 juncto art. 65/4 en 54/5, 5° W. 24.12.1993 in dat geval minstens vereist dat de gunningsbeslissing getuigt van een in concreto onderzoek naar de omstandigheid of de door de inschrijver gevoegde stukken daadwerkelijk een afwijking vormen van hetgeen benodigd is opdat de maatregelen opgenomen in het VGP daadwerkelijk zouden worden toegepast;

Dat vanuit het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur de aanbestedende dienst haar eigen nalatigheid, betreffende het opnemen van het VGP met bijlagen binnen het bestek en de wijze waarop, niet kan verschonen onder verwijzing naar een gelijkschakeling van een afzonderlijke berekening betreffende het VGP in de offerte van verzoekende partij met het niet voegen van dergelijke berekening, om de loutere reden dat deze afzonderlijke becijfering niet is geschied volgens het model gevoegd bij het VGP doch in een bijlage van de bijlage bij het bestek;

Dat van zodra komt vast te staan dat de offerte van verzoekende partij wegens het niet voegen van een invulformulier opgenomen binnen bijlage iii van bijlage III van het bestek niet kon worden geweerd, niet langer vaststaat dat de opdracht werd gegund aan de laagste regelmatige inschrijver, zoals art. 15 W. 24.12.1993 in geval van een openbare aanbesteding voorschrijft;

Zodat, de bestreden beslissing door de offerte van verzoekende partij als substantieel onregelmatig te weren, nu de afzonderlijke becijfering van de veiligheidsmaatregelen niet beantwoordde aan het formulier neergelegd in bijlage iii van de bijlage III van het bestek, zonder dat het veiligheids- en gezondheidsplan en de daarin vervatte plichtplegingen in een afzonderlijk en daartoe betiteld deel van het bestek werden opgenomen, en zonder een in concreto onderzoek naar de naleving van het VGP door de bij de offerte gevoegde stukken, de in het middel neergelegde wettelijke bepalingen en beginselen zijn geschonden”.

Beoordeling

- 6.2. Artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’, luidt onder meer als volgt:

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

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

1° de kandidaten bij hun offertes een document voegen dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin zij beschrijven op welke wijze zij het bouwwerk zullen uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan;

2° de kandidaten bij hun offertes een afzonderlijke prijsberekening voegen in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en –middelen”.

6.3. Het bijzonder bestek bestaat volgens de inhoudsopgave uit vier delen, namelijk: (I) opdracht – voorafgaandelijke bijzondere mededelingen, (II) administratieve bepalingen, (III) technische bepalingen, en (IV) bijlagen.

Het deel IV (‘Bijlagen’), dat zich volgens de inhoudsopgave van het bestek bevindt op bladzijde 230 en volgende van het bestek, is vervolgens onderverdeeld in negen bijlagen, waaronder een bijlage 3 (‘Veiligheids- en gezondheidsplan’). Op bladzijde 230 van het bestek wordt nogmaals vermeld dat bijlage 3 het “veiligheids- en gezondheidsplan” is.

De stelling van verzoekende partij dat het veiligheids- en gezondheidsplan niet als een afzonderlijk en als dusdanig betiteld deel van het bestek is opgenomen, lijkt dan ook niet te mogen worden bijgevalen, omdat het plan wel lijkt te zijn opgenomen in het bestek, en meer bepaald in een bijlage 3 van deel IV van dat bestek, en het is ook als dusdanig vermeld in de inhoudsopgaven van het bestek. Het lijkt alvast niet met de economie van het aangehaalde artikel 30 te stroken dat een bijlage bij een bestek geen deel zou uitmaken van het bestek. Verzoekende partij lijkt overigens dat voormeld deel IV van het bestek effectief te hebben ontvangen, omdat uit haar offerte volgt dat zij bijlage IV (‘Intentieverklaring’) van bijlage 3 van dat deel wel heeft ingevuld en bij haar offerte gevoegd.

6.4. Verzoekende partij is voorts de mening toegedaan dat de opname van het veiligheids- en gezondheidsplan “als bijlage bij het bestek in plaats van als een deel in het bestek” niet tegemoetkomt aan de verplichting van de aanbestedende dienst, zoals opgelegd door het hiervoor aangehaalde artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’. Hierbij verwijst zij naar een vonnis van 5 februari 2010 (A.R. 2007/576/A) van de burgerlijke rechtbank te Brussel.

Hoewel het argument voorkomt in wat verzoekende partij “duiding van het middel” noemt en niet in het hiervoor aangehaalde middel heeft ten overvloede het auditoraat in het ter terechtzitting uitgebrachte mondelinge advies het argument in essentie als volgt weerlegd.

In het vonnis wordt vastgesteld dat voormeld artikel 30 evenwel slechts een regel betreft die aan de aanbestedende overheid werd opgelegd met betrekking tot de wijze waarop zij het bestek dient op te maken. De eventuele schending van deze regel leidt niet tot de niet-tegenstelbaarheid van de bijlage bij het bestek. Het is met het bijvoegen van het algemeen veiligheids- en gezondheidsplan dat de aanbestedende overheid er zich van kan vergewissen dat de inschrijver terdege heeft rekening gehouden met het veiligheids- en gezondheidsplan. Een en ander is van groot belang ter preventie van arbeidsongevallen en andere veiligheids- en gezondheidsrisico's waaraan de werknemers worden blootgesteld. Een inschrijver die er met de voorgelegde documenten blijk van geeft dat hij de veiligheids- en gezondheidsmaatregelen niet ernstig neemt, zal zijn inschrijving eveneens als onregelmatig afgewezen kunnen zien. Het is dan volgens het vonnis ook niet onredelijk om dezelfde sanctie toe te passen op de inschrijver die nalaat de gevraagde documenten voor te leggen.

De verwijzing naar voormeld vonnis, waarin wordt overwogen dat zelfs bij schending van de verplichting om het veiligheids- en gezondheidsplan op te nemen als een deel “in” het bestek het niet zo is dat het veiligheids- en gezondheidsplan opgenomen als bijlage bij het bestek niet-tegenstelbaar wordt, lijkt dan ook de stelling van verzoekende partij niet te ondersteunen.

De Raad van State valt deze conclusie van het auditoraatsadvies bij.

6.5. Verzoekende partij beweert voorts dat er geen sprake is van enig concreet onderzoek naar de omstandigheid of de bij haar offerte gevoegde stukken al dan niet zouden getuigen van het niet kunnen naleven van het veiligheids- en gezondheidsplan bij de uitvoering van de opdracht. Verzoekende partij ontkent daarbij niet dat zij de afzonderlijke prijsberekening, opgenomen als bijlage III van het veiligheids- en gezondheidsplan, niet heeft ingevuld. In concreto lijkt de hiervoor na randnummer 3.6. aangehaalde “afzonderlijke prijsberekening”, zoals die door verzoekende partij bij haar offerte is gevoegd, in essentie neer te komen op een bevestiging dat “al deze kosten met betrekking tot de veiligheid mee opgenomen zijn in onze inschrijfprijs”, waarbij wordt gespecificeerd dat (1) de kosten voor het opvolgen van het VCA**-systeem en het assisteren van de werven bij het invullen van de veiligheidsvoorzieningen 0,3% van de omzet bedragen, (2) de kosten van de courante veiligheidsvoorzieningen 0,2 euro per uur bedragen, (3) de kosten van de veiligheidsvoorzieningen van de machines niet kunnen worden opgegeven, en (4) de kosten van specifieke veiligheidsvoorzieningen, eigen aan bepaalde activiteiten worden geboekt “hetzij rechtstreeks op bepaalde posten, indien dit mogelijk is, hetzij op de werfkosten, die dan op hun beurt verdeeld worden over alle posten” en het percentage hiervoor 0,5% bedraagt.

In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat bijlage III van het veiligheids- en gezondheidsplan uitdrukkelijk bepaalt dat de inschrijver, “op straffe van nietigheid”, het in die bijlage opgenomen document bij zijn inschrijving dient te voegen.

Ter terechtzitting wordt door verzoekende partij gewag gemaakt van andere opdrachten waarin niet werd gestruikeld over die bijlage en van het feit dat de voorstelling ervan zelfs als een standaardformulier wordt gebruikt. Dit lijkt echter een nieuwe argument dat reeds in het verzoekschrift kon worden opgenomen en dienvolgens niet ontvankelijk is aangebracht, ongeacht de vraag of gegevens uit andere gunningsprocedures decisief kunnen zijn voor de beoordeling van de in het geding zijnde gunningsprocedure.

Verzoekende partij heeft te dezen onbetwist een andere “afzonderlijke prijsberekening” gevoegd bij de offerte, dan die voorgeschreven door het bestek, waardoor op het eerste gezicht een objectieve vergelijking van

haar offerte met die van de andere inschrijvers was uitgesloten. Het lijkt namelijk, op grond van het eigen document van verzoekende partij, op het eerste gezicht niet mogelijk na te gaan bijvoorbeeld wat de eenheidsprijs is voor het plaatsen en in stand houden van een volledige werfomheining, wegsignalisatie en signalisatie op de waterwegen.

De gevoegde afzonderlijke kostprijsberekening lijkt aldus noodzakelijk om de voorgestelde prijzen te kunnen vergelijken en raakt aan essentiële besteksvoorwaarden, die betrekking hebben op de prijs. Aldus lijkt krachtens het in het middel geschonden geachte artikel 110, §2, samen genomen met artikel 89, van het voormelde koninklijk besluit van 6 januari 1996, de offerte juist nietig want afwijkend van regels die de prijs betreffen. Dat motief lijkt al op zichzelf de bestreden beslissing die de offerte onregelmatig verklaarde, te kunnen ondersteunen.

6.6. Gelet op hetgeen voorafgaat, lijkt het voorts evenmin zo dat verwerende partij verplicht was bij toepassing van het geschonden geachte voormeld artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de zorgvuldigheidsplicht of van enige motiveringsplicht, zelf te onderzoeken of de “afzonderlijke prijsberekening” kon worden ingepast in de voorgeschreven bijlage, om voorts de betrokken prijsopgave te beoordelen en om aldus een vergelijking met de andere offertes te verrichten.

6.7. Verwerende partij lijkt dan ook de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen niet te hebben geschonden bij het onregelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij.

6.8. Aldus is het enige middel niet ernstig.

VII. Besluit

7. Het enige middel is niet ernstig gebleken. Die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv CEI-De Meyer tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 februari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

Frank Bontinck,	griffier.
-----------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest