

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 224.351 van 11 juli 2013
in de zaak A. 209.201/XII-7395**

In zake: 1. de NV JANSSENS
2. de COMM. VA BAERT EN ZONEN
samen vormend de thv Janssens-Baert
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marco Schoups, Kris Lemmens en Frederick Ongena
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV VERKEER SIGNALISATIE EN ELECTRONICA
2. de NV ETABLISSEMENTS PAQUE YVAN
3. de NV COFELY FABRICOM
samen vormend de thv VSE-Paque-Fabricom 3KL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem (Gent)
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 juni 2013, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing

van het Vlaamse Gewest, m.n. het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Expertise Verkeer en Telematica van ongekende datum maar door de minister van openbare werken goedgekeurd op 24 mei 2013 waarbij (i) de overheidsopdracht voor aanneming van werken inzake de nieuwbouw, onderhoud, aanpassingen, verplaatsingen van: driekleurige lichtseininstallaties op kruispunten, knipperlichten, bi-flash installaties opgesteld langs gewestwegen en bochtafbakeningsborden opgesteld langs autosnelwegen en gewestwegen in het Vlaams Gewest voor Perceel 1 - Antwerpen (deelcontract gewest 1a en deelcontract stad 1b) wordt gegund aan de thv VSE-Paque-Fabricom 3KL (ii) de offerte van thv Janssens - Baert onregelmatig wordt verklaard en de daarmee samenhangende impliciete beslissing om de opdracht niet aan de thv Janssens - Baert te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 27 juni 2013 hebben de nv Verkeer Signalisatie en Electronica, de nv Etablissements Paque Yvan en de nv Cofely Fabricom gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 juli 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frederick Ongena, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Het Vlaams Gewest schrijft een overheidsopdracht uit voor aanneming van werken met als omschrijving “de nieuwbouw, onderhoud, aanpassingen, verplaatsingen van: driekleurige lichtinstallaties op kruispunten, knipperlichten, bi-flashinstallaties opgesteld langs gewestwegen en bochtafbakeningsborden opgesteld langs autosnelwegen en gewestwegen in het Vlaams Gewest”.

De opdracht wordt geraamd op een bedrag van 4.679.270,19 euro op jaarbasis, btw inbegrepen.

De opdracht wordt gegund met een algemene offerteaanvraag.

De opdracht wordt op 15 oktober 2012 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. 1M3D8N/12/04 “Nieuwbouw, onderhoud, aanpassingen, verplaatsingen van: driekleurige lichtinstallaties op kruispunten, knipperlichten, bi-flashinstallaties opgesteld langs gewestwegen en bochtafbakeningsborden opgesteld langs autosnelwegen en gewestwegen in het Vlaams Gewest Perceel 1 Antwerpen (deelcontract gewest 1a), (deelcontract stad 1b); Perceel 2 Limburg; Perceel 3 Oost-Vlaanderen; Perceel 4 Vlaams-Brabant; Perceel 5 West-Vlaanderen”.

De opdracht wordt onderverdeeld in vijf percelen, overeenstemmend met de vijf Vlaamse provincies.

Perceel 1 bestaat uit twee deelpercelen, namelijk 1a deelcontract gewest en 1b deelcontract stad Antwerpen.

Onderhavig geschil heeft slechts betrekking op de gunning van perceel 1.

3.3. Met betrekking tot de percelen wordt verder in het bestek bepaald:

“ARTIKEL 101- PERCELEN

[...]

De opdracht wordt gegund per perceel.

Het perceel voor de provincie Antwerpen is opgedeeld in twee deelcontracten, één ten laste van het Vlaamse Gewest, één ten laste van de stad Antwerpen.

Perceel 1 wordt opgedeeld in een vast gedeelte (deelcontract 1a ten laste van het Vlaamse Gewest) en een voorwaardelijke gedeelte (deelcontract 1b ten laste van de stad Antwerpen)

Het Vlaams Gewest behoudt zich het recht voor één of meerdere percelen al dan niet te gunnen. Zij heeft het recht één perceel toe te wijzen en eventueel te besluiten de andere percelen in een nieuwe opdracht op te nemen die desnoods op een andere wijze zullen worden gegund.

Bovendien behoudt het Vlaams Gewest zich het recht voor om de voorwaardelijke schijf van het perceel 1 (zijnde deelcontract 1b ten laste van de stad Antwerpen) al dan niet te bestellen.

De inschrijver heeft geen recht op schadevergoeding indien de voorwaardelijke schijf niet besteld wordt.

Het deelcontract ten laste van de Stad Antwerpen kan niet toegekend worden zonder dat het deelcontract ten laste van het Gewest toegekend is.

Voor perceel 1 worden twee samenvattende opmetingsstaten voorzien (voor elk deelcontract 1). In deze samenvattende opmetingsstaten moeten voor posten met gelijkaardige producten of prestaties dezelfde prijzen gegeven worden”.

3.4. Op 23 november 2012 vindt de openingszitting plaats en wordt een proces-verbaal van opening opgesteld. Voor perceel 1 worden twee offertes ingediend (prijzen btw niet inbegrepen):

1. thv Janssens-Baert (verzoekende partijen), 2.974.448,32 euro
2. thv Vse-Paque-Fabricom 3KL (verzoekende partijen tot tussenkomst), 3.391.591,38 euro.

3.5. Er wordt een gunningsverslag opgesteld.

Bij het prijsonderzoek wordt vermeld:

“Aangezien bij de THV Janssens-Baert een onregelmatigheid van substantiële aard, zijnde voor 189 posten verschillende prijzen tussen perceel 1a en 1b, is vastgesteld die de vergelijkbaarheid van de offertes niet langer mogelijk maakt, wordt de offerte THV Janssens-Baert niet verder onderworpen aan een prijsonderzoek”.

Als besluit wordt gesteld:

“ 6. Gemotiveerde beslissing

Overwegende dat

[...]

- De offerte van de firma THV Janssens-Baert onregelmatig is;
- De offerte van de firma THV VSE-Paque-Fabricom 3KL regelmatig is;
- [...]
- Op basis van het onderzoek de rangschikking van de offerte als volgt bepaald werd: 1. THV VSE-Paque-Fabricom 3KL

BESLUIT:

De offerte (voor deelcontract 1a + 1b) van THV VSE-Paque-Fabricom 3KL ten bedrage van 4.101.976,29 Euro, zij het 3.375.187,51 € voor deelcontract 1a en 726.788,78 € voor deelcontract 1b (btw ingebrepen, inschrijvingsprijs op jaarbasis) is de economisch meest voordelige regelmatige offerte en wordt voorgesteld ter goedkeuring”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Op 24 mei 2013 keurt de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken het gunningsverslag goed en beslist zij de opdracht te gunnen aan de thv VSE-Paque-Fabricom 3KL. De gunningsbeslissing wordt met een schrijven van 4 juni 2013 ter kennis gebracht van verzoekende partijen.

IV. Tussenkoms

4. Verzoekende partijen tot tussenkoms blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

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

5.2. Te dezen is 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’ nog 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 partijen tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

6. In een eerste middel voeren verzoekende partijen de schending aan van “artikel 16 overheidsopdrachtenwet, artikel 110, §2 KB 8 januari 1996, het beginsel patere legem quam ipse fecisti, het redelijkheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel, artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur”.

Verzoekende partijen achten deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat verwerende partij de offerte van THV Janssens-Baert ten onrechte onregelmatig heeft verklaard, minstens het onderzoek naar de vermeende onregelmatigheid niet zorgvuldig heeft uitgevoerd en heeft nagelaten duidelijke en concrete motieven in de bestreden beslissing op te nemen die de onregelmatigverklaring van de offerte van THV Janssens-Baert kunnen schragen;

Terwijl verwerende partij de offerte van THV Janssens & Baert regelmatig had moeten verklaren aangezien het verschil in eenheidsprijs voor een aantal posten van deelcontract 1a en 1b redelijk is verantwoord (schending van artikel 16 Overheidsopdrachtenwet en 110 KB 8 januari 1996). Minstens had verwerende partij concreet moeten onderzoeken en motiveren waarom zij oordeelt dat de posten, posten betreffen voor gelijkaardige producten of prestaties en waarom verschillende eenheidsprijzen voor deze posten de vergelijking van de offertes onmogelijk maakt, zeker nu vaststaat dat indien verzoekende partij voor de opgegeven posten eenzelfde prijs had opgegeven dit slechts tot een meerkost van 10.000 Euro had geleid en de offerte van verzoekende partij, in dat geval, nog steeds substantieel goedkoper zou zijn dan de offerte van de gekozen inschrijver”.

6.1. In de toelichting bij hun eerste middel voeren verzoekende partijen aan dat in het bestek niet wordt aangegeven welke posten verwerende partij als “posten met gelijkaardige producten of prestaties” kwalificeert en voor welke posten bijgevolg eenzelfde eenheidsprijs moet worden opgegeven.

Verzoekende partijen hebben voor 110 posten die zij als posten voor gelijkaardige producten of prestaties beschouwden, eenzelfde eenheidsprijs opgegeven in de beide deelcontracten. Voor 190 posten hebben zij echter geoordeeld dat het niet ging om gelijkaardige producten of prestaties en hebben zij een verschillende eenheidsprijs opgegeven. Zij vonden hiervoor steun in het bestek dat een aantal duidelijke verschillen beschreef tussen de deelopdracht die voor het gewest en de deelopdracht die voor de stad moest worden uitgevoerd.

Zij menen ook dat het uitvoeren van herstellingen, het plaatsen van lichtinstallaties en het onderhouden van lichtseininstallaties in een gewestcontext anders is dan het uitvoeren van deze werken in een stadsomgeving. Het uitvoeren van werken langs gewest- en autosnelwegen vergt andere infrastructuur, opleiding en werkwijze dan het uitvoeren van deze werken in een stadsomgeving, waar meer rekening moet worden gehouden met langere bevoorradings- en interventietijden, mogelijke geluidshinder en waar andere veiligheidsmaatregelen moeten worden getroffen.

Verzoekende partijen menen dat het bestek zelf de verschillen tussen deelopdracht 1a en deelopdracht 1b signaleert. Zo verwijzen zij naar het plaatsen van signalisatie waarvan de kosten dienen inbegrepen te zijn in de posten van de samenvattende meetstaat. Zij zijn van oordeel dat de wijze van plaatsen van signalisatie verschillend is naargelang het gaat om een stadskern dan wel gewestwegen hetgeen ook een verschillende kost met zich zou meebrengen en dus verschillende eenheidsprijzen.

Zij verwijzen ook naar de minder-hinder maatregelen waarvoor in het bestek wordt bepaald dat tijdsvensters beschreven in de dienstorder MOW/AWV/2010/5 worden opgelegd. Dit dienstorder geldt echter enkel voor gewestwegen. De richtlijnen van de stad Antwerpen zijn dan weer heel anders en dienen geval per geval te worden bekeken.

Voor de post in verband met het transport van de materialen van de stockageruimte van de aanbestedende overheid naar het magazijn van de aannemer of naar de werf is ook in een aparte post voorzien waar een prijs per kilometer dient te worden weergegeven. Volgens verzoekende partijen zal de prijs

voor een verplaatsing in een stadsomgeving echter hoger liggen dan voor een verplaatsing op een gewestweg aangezien de gemiddelde snelheid op een gewestweg hoger ligt. Hetzelfde zou gelden voor het vast bedrag van de tussenkomst in post 2.9.3.2 dat alle vervoer- en verplaatsingskosten naar de plaats van de tussenkomst en terug omvat.

Ten aanzien van de kosten voor de maatregelen op grond van het veiligheids- en gezondheidsplan menen verzoekende partijen dat er ook een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de beide opdrachten. Deze kosten worden volgens verzoekende partijen uiteraard op de werken gerekend, op posten waar veiligheid primeert en de verhouding werken - leveringen is in deelcontract 1a anders dan in deelcontract 1b. Bovendien zijn er verschillen in risico's tussen werken op gewestwegen en op stadswegen. Daardoor ontstaan verschillende eenheidsprijzen tussen de deelcontracten.

De verschillende eenheidsprijzen zouden ook volgen uit het anders doorrekenen van de kosten voor het bijhouden van een stock. Deze kosten worden niet afzonderlijk vergoed maar zijn een last van de aanneming. De verhouding tussen werken en leveringen verschilt echter tussen de deelcontracten zodat er ook een verschillende stocksamenstelling is.

Verzoekende partijen verwijzen ook nog naar de verschillende wijze van betaling tussen de stad Antwerpen en het Agentschap Wegen en Verkeer. Voor deelcontract 1b worden de betalingen in mindering gebracht naargelang de uitvoering vordert wat een wezenlijk verschil in snelheid van betaling met zich meebrengt. Het bestek zou ook nog op andere verschillen wijzen inzake de administratieve behandeling, de aanvragen voor vergunningen, de meldingsplicht, de kosten voor het opmaken, aanpassen en reproduceren van documenten en de inspectie.

Bijgevolg betroffen de 190 posten in de offerte van verzoekende partijen geen gelijkaardige producten of prestaties en mocht hun offerte om deze reden niet onregelmatig worden verklaard.

6.2. Daarnaast betogen verzoekende partijen dat minstens uit het gunningsverslag niet blijkt waarom deze posten wel gelijkaardige producten of prestaties zouden bevatten en waarom een verschillende eenheidsprijs voor deze posten tot een substantiële onregelmatigheid moet aanleiding geven. De beoordeling is ook onredelijk omdat in het bestek de vereiste van dezelfde eenheidsprijs voor posten met gelijkaardige producten of diensten niet werd voorgeschreven op straffe van substantiële onregelmatigheid.

Voorts blijkt dat indien verzoekende partijen voor de 190 posten in deelcontract 1b dezelfde eenheidsprijs zou hebben gehanteerd als voor deelcontract 1a, dit een netto verschil in aannemingsprijs zou hebben gemaakt van ongeveer 10.000 euro. Aangezien het inschrijvingsbedrag van verzoekende partijen 504.743,1 euro lager lag dan dat van de gekozen inschrijver, had dit geen invloed op de vergelijkbaarheid van de offertes.

Verwerende partij gaat er bij haar beoordeling ook aan voorbij dat deelcontract 1b 22 posten bevat die niet voorkomen in deelcontract 1a en welke bij verzoekende partijen een waarde vertegenwoordigen van 50.000 euro. Indien verwerende partij oordeelt dat het netto verschil van 10.000 euro dat correspondeert met de verschillende eenheidsprijzen leidt tot substantiële onregelmatigheid van de offerte blijkt geenszins waarom dat netto verschil de vergelijkbaarheid van de offertes aantast terwijl het niet betrekken in de vergelijking van 22 posten die uitsluitend voorkomen in deelcontract 1b schijnbaar geen probleem is voor verwerende partij.

Beoordeling

7.1. Het toepasselijke bestek bepaalt op bladzijde 67:

“Voor perceel 1 worden twee samenvattende opmetingsstaten voorzien (voor elk deelcontract 1). In deze samenvattende opmetingsstaten moeten voor posten met gelijkaardige producten of prestaties dezelfde prijzen gegeven worden”.

Zoals verwerende partij terecht aanvoert, lijken verzoekende partijen de wettigheid van deze besteksbepaling op zich niet te betwisten.

Met verzoekende partijen dient te worden vastgesteld dat het bestek niet uitdrukkelijk aangeeft wat dient te worden verstaan onder “gelijkaardige” producten of prestaties. Anderzijds kan worden vastgesteld dat in de samenvattende opmetingsstaat van het bestek voor de beide deelcontracten, identieke nummers van posten voorkomen met een identieke omschrijving van de betrokken post. Op het eerste gezicht lijkt de aanbestedende overheid het niet als enige onrechtmatigheid te mogen worden aangerekend nu zij daaruit afleidde dat het bestek vereist dat voor deze posten eenzelfde eenheidsprijs wordt opgegeven.

7.2. De argumentatie die verzoekende partijen ontwikkelen in hun verzoekschrift om aan te tonen dat deze posten toch niet als gelijkaardig kunnen worden beschouwd, overtuigt op het eerste gezicht niet. De Raad van State sluit zich voor de beoordeling van de betrokken concrete grieven aan bij de bevindingen in het mondeling advies van het auditoraat ter terechtzitting, die in essentie als volgt kunnen worden weergegeven:

In de eerste plaats lijken verzoekende partijen niet te kunnen worden gevolgd waar zij stellen dat het bestek zelf de verschillen signaleert. Dit lijkt nergens uitdrukkelijk het geval te zijn. Verzoekende partijen lijken echter zelf de verschillen af te leiden uit bepaalde passages in het bestek.

Op het eerste gezicht valt echter niet in te zien hoe uit de betrokken passages uit het bestek dient te moeten worden afgeleid dat er een verschil in aan te rekenen kosten is tussen de prestaties die geleverd dienen te worden voor deelcontract 1a en deelcontract 1b.

Wat betreft de wijze waarop verzoekende partijen hun argumentatie naar voor brengen, dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat verzoekende partijen eerst op algemene wijze argumenten aanbrengen waarom er een verschil in kosten zou zijn tussen de beide deelcontracten, waarna zij dan in voetnoot telkens naar een lijst van meer dan 100 nummers van posten verwijzen waarvoor het betreffende argument relevant zou zijn, zonder daarbij concreet toe te lichten op welke wijze en voor welk van de concreet te leveren prestaties uit de meetstaat dit te dezen tot een andere kostprijs diende te leiden.

Deze werkwijze roept grote vraagtekens op. Van de Raad van State lijkt niet te kunnen worden verwacht, en al zeker niet in een procedure bij uiterst

dringende noodzakelijkheid waar het auditoraat en de Raad slechts een beperkt onderzoek aan de middelen kunnen wijden, dat hij al deze nummers verifieert om na te gaan op welke prestaties deze postnummers betrekking hebben en of het aangehaalde argument relevant kan zijn voor de prijs van deze posten.

Verzoekende partijen tot tussenkomst lijken daartoe een poging te hebben ondernomen en wijzen reeds op een aantal inconsistenties tussen de aangehaalde argumenten en de posten waarnaar wordt verwezen. Op het eerste gezicht lijken de door die partijen geformuleerde bedenkingen niet van alle redelijkheid ontdaan. Als voorbeeld daarvan kan worden gewezen op het feit dat verzoekende partijen voor een aantal kostenfactoren verwijzen naar supplementaire posten, terwijl de kostenfactoren geen verschil zouden hebben gemaakt bij de eenheidsprijs van de basisposten met betrekking tot identiek dezelfde te leveren prestatie tussen beide deelcontracten.

De Raad van State lijkt zijn onderzoek te dezen echter noodzakelijkerwijze te moeten beperken tot een toetsing van de bestreden beslissing aan de hand van de algemene argumenten zoals ze door verzoekende partijen worden uiteengezet in hun verzoekschrift.

De argumentatie van verzoekende partijen blijkt in hoofddorde gegrond te zijn op het feit dat in het kader van deelcontract 1a steeds werken aan gewestwegen en dus buiten een stedelijke omgeving, moeten worden uitgevoerd, terwijl in het kader van deelcontract 1b, steeds werken binnen een stadsomgeving moeten worden uitgevoerd, hetgeen zijn weerslag zou hebben op een aantal kosten van de opdracht die mede de eenheidsprijzen bepalen. Daarbij lijken verzoekende partijen zich in hun verzoekschrift op de stelling te steunen dat de werken die uitgevoerd worden in een stedelijke omgeving, hogere kosten met zich meebrengen.

Daarbij lijken verwerende en verzoekende partijen tot tussenkomst echter op het eerste gezicht te kunnen worden bijgevallen waar zij stellen dat deze verschillen gerelativeerd dienen te worden aangezien de werken aan gewestwegen plaatsvinden binnen de gehele provincie Antwerpen en deze wegen ook door stedelijke gebieden lopen, zodat ook binnen deelcontract 1a regelmatig binnen een stedelijke omgeving zal moeten worden gewerkt.

Zo dient wat betreft de verschillende kosten die verbonden zouden zijn aan het plaatsen van signalisatie al naargelang dit gebeurt aan een gewestweg dan wel in een stadsomgeving - wat zijn invloed zou hebben op de eenheidsprijs van de posten waarover deze kosten worden verdeeld -, te worden vastgesteld dat ook binnen deelcontract 1a regelmatig signalisatie zal moeten worden aangebracht in een stadsomgeving. In die zin maken verzoekende partijen dan ook onvoldoende aannemelijk dat sowieso een verschillende kost voor signalisatie dient te worden aangerekend tussen de beide deelcontracten.

Wat betreft de minder-hinder maatregelen lijken verzoekende partijen niet te betwisten dat voor beide deelcontracten dergelijke maatregelen zullen moeten worden genomen. Zoals gezegd zullen in deelcontract 1a ook regelmatig werken in een stedelijke omgeving moeten worden uitgevoerd. Het loutere feit dat bij de werken in deelcontract 1a daarbij vooral zal rekening moeten worden gehouden met een dienstorder van het Vlaamse Gewest terwijl de stad Antwerpen haar eigen richtlijnen daaromtrent zou hebben, lijkt op het eerste gezicht niet van aard om aan te tonen dat de weerslag van deze minder-hinder maatregelen op de kosten van de werken en dus de gehanteerde eenheidsprijzen dermate verschillend is voor deelcontract 1a ten opzicht van deelcontract 1b. Zoals verzoekende partijen tot tussenkomst trouwens aangeven, lijken de minder-hinder maatregelen voor beide deelcontracten zeer gelijkaardig en bovendien zou het dienstorder van het Vlaamse Gewest niet van toepassing zijn voor werken aan gewestwegen, maar slechts voor werken aan autosnelwegen, welke slechts 0,5% van de opdracht zouden betreffen.

Wat betreft het argument dat de tijdsduur van verplaatsingen in beide deelcontracten sterk verschilt omdat verplaatsingen in een stedelijke omgeving trager gebeuren en aldus een hogere vergoeding per kilometer rechtvaardigen, welk argument volgens verzoekende partijen van belang is voor de berekening van de kosten voor het transport van het materiaal van de stockageruimte naar het magazijn van de aannemer of de werf en voor de vergoeding van dringende tussenkomsten, kan opnieuw worden verwezen naar het feit dat ook in deelcontract 1a een aanzienlijk deel van de verplaatsingen zich zullen afspelen in een stedelijke context. Daarnaast lijken tussenkomende partijen er ook terecht op te wijzen dat ook de verplaatsingen binnen deelcontract 1b niet steeds binnen een zuiver stedelijke context zullen plaatsvinden, maar ook buiten de stadskern en dat dit verder ook geen betrekking lijkt te kunnen hebben op het transport van het materiaal van de stockageruimte naar het magazijn van de aannemer aangezien deze afstand niet slechts afhankelijk lijkt te zijn van de locatie van de opdracht binnen of buiten de stadskern van Antwerpen, maar vooral van de locatie van het magazijn. Tot slot blijkt ook dat voor de dringende tussenkomsten geen kilometervergoeding wordt aangerekend, maar een vaste vergoeding, waarbij een verplaatsing in het kader van deelcontract 1a, naar een uiterste grens van de provincie evenveel of meer tijd in beslag kan nemen dan een verplaatsing binnen de stad Antwerpen.

Wat betreft de kosten voor de maatregelen in het kader van het veiligheids- en gezondheidsplan tonen verzoekende partijen, gelet op het voorgaande, onvoldoende aan dat er een opmerkelijk verschil in risico zou zijn tussen beide deelcontracten dat zich zou moeten vertalen in andere kosten en dus andere eenheidsprijzen. Wat betreft het argument dat er een verschillende verhouding is in leveringen-werken tussen beide deelcontracten, valt op het eerste gezicht niet onmiddellijk in te zien, mocht er al een dergelijk verschil zijn, wat verzoekende partijen niet aantonen, in welke zin dit relevant zou zijn. De kosten voor veiligheids- en gezondheidsmaatregelen lijken enkel

op de posten met betrekking tot werken te worden toegerekend zoals verzoekende partijen zelf stellen, en lijken in principe ook enkel op werken betrekking te kunnen hebben. Het lijkt niet zo te zijn dat een groter bedrag aan kosten over een kleiner aantal posten zou moeten worden verdeeld. Verzoekende partijen tonen in ieder geval niet aan dat voor de leveringen ook veiligheidsmaatregelen noodzakelijk zouden zijn, die een meerkost meebrengen. Aangezien de kosten aldus betrekking lijken te hebben op de werken en ook enkel over die posten verdeeld worden, valt niet onmiddellijk in te zien hoe de verhouding leveringen-werken van belang kan zijn. Verzoekende partijen zetten hun argumentatie in ieder geval onvoldoende concreet uiteen.

Wat betreft de verschillen in kosten voor het aanleggen en bijhouden van een stock verduidelijken verzoekende partijen op geen enkele wijze hoe te dezen een verschil in de verhouding tussen leveringen en werken in de beide deelcontracten, voor zover dit er al zou zijn, wat door verzoekende partijen evenmin wordt aangetoond, moet leiden tot een verschil in stockagekosten. Verzoekende partijen tot tussenkomst wijzen in ieder geval ook opnieuw op een aantal inconsistenties in het relaas van verzoekende partijen met betrekking tot de posten waarop zij deze verschillen in kosten zou hebben toegepast en andere posten waarop zij deze dan weer niet hebben toegepast.

Wat betreft de verschillen in betalingsmodaliteiten lijkt verwerende partij er terecht op te wijzen dat uit het naast elkaar voorkomen van een besteksbepaling die oplegt dat dezelfde eenheidsprijzen worden opgegeven voor beide deelcontracten voor gelijkaardige posten en een besteksbepaling die verschillende betalingsmodaliteiten voorziet tussen de deelcontracten, kan worden afgeleid dat het verschil in betalingsmodaliteiten voor de aanbestedende overheid in ieder geval geen argument was om te oordelen dat bepaalde posten niet gelijkaardig zouden zijn. Op het eerste gezicht maken verzoekende partijen niet aannemelijk dat het verschil in betalingswijze slechts invloed zou kunnen hebben op enkele bepaalde posten. Bijgevolg zou dan moeten worden aangenomen dat dit invloed heeft op alle posten, waardoor dan tegelijk de besteksbepaling dat gelijke eenheidsprijzen moeten worden opgegeven elke inhoud verliest aangezien dit voor geen enkele post meer mogelijk zou zijn.

Wat tot slot de andere verschillen betreft die verzoekende partijen in het bestek lezen met betrekking tot de administratieve behandeling, de aanvragen van vergunningen, de meldingsplicht, de kosten voor het opmaken, aanpassen en reproduceren van documenten, inspectie en dergelijke tonen verzoekende partijen evenmin aan waarom dit zou verhinderen dat de posten met identieke postnummers en identieke omschrijving, als gelijkaardige posten dienden te worden beschouwd.

Gelet op wat voorafgaat tonen verzoekende partijen niet aan dat zij terecht verschillende eenheidsprijzen gaven voor 190 posten in de beide

deelcontracten of dat verwerende partij de grenzen van een redelijke beoordeling te buiten ging door te oordelen dat verzoekende partijen ten onrechte verschillende eenheidsprijzen gaven voor gelijkaardige producten en prestaties, in strijd met het bestek. Een inschrijver wiens offerte onregelmatig wordt verklaard wegens afwijking van essentiële besteks-bepalingen is overigens slecht geplaatst om zich op onduidelijkheden van het bestek te beroepen wanneer hij zoals te dezen aan de aanbestedende overheid geen vragen heeft gesteld over het bestek met toepassing van artikel 15 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, noch een schriftelijke kennisgeving heeft gedaan in de zin van artikel 98 van voormeld besluit, doch zonder meer heeft besloten om een offerte in te dienen, gesteund op een eigen interpretatie van het bestek.

Gelet op het voorgaande en gelet op de identieke postnummers en de identieke omschrijving van de betrokken posten lijkt op verwerende partij ook niet de verplichting te rusten in het gunningsverslag nader te motiveren waarom zij van oordeel was dat de betrokken posten, posten voor gelijkaardige producten of prestaties betroffen.

In het gunningsverslag wordt ten aanzien van de offerte van verzoekende partijen overwogen:

“1) Er worden voor 189 posten van de samenvattende opmetingsstaten verschillen vastgesteld tussen de opgegeven prijzen van deelcontract 1a en deelcontract 1b. De besteksdocumenten vermelden evenwel uitdrukkelijk dat de aannemer dezelfde prijzen dient te hanteren voor posten met gelijkaardige producten of prestaties. De opgave van deze prijsverschillen vormen een uitdrukkelijke inbreuk op de in de bestektekst opgelegde voorwaarden.

Aangezien de totaliteit van deze afwijkende posten een aanzienlijk aandeel van de totale inschrijvingsprijs voor perceel 1 (deelcontract 1a + 1b) vertegenwoordigt, wordt deze non-conformiteit door de aanbestedende overheid beschouwd als een onregelmatigheid van substantiële aard die de vergelijkbaarheid van de offertes niet langer mogelijk maakt”.

Te dezen lijkt met verwerende partij te mogen worden vastgesteld dat de offerte van verzoekende partijen een afwijking inhield op de vereisten van het bestek, nu in de beide deelcontracten geen zelfde eenheidsprijs werd geboden voor posten voor gelijkaardige producten of prestaties zoals nochtans vereist door het bestek.

De door verwerende partij vastgestelde afwijking heeft betrekking op de opgave van de prijzen zodat deze in principe te beschouwen is als een afwijking van de essentiële besteks-bepalingen zoals bedoeld in artikel 110, §2, samen genomen met artikel 89 van het meer vermeld koninklijk besluit van 8 januari 1996. Een dergelijke afwijking van de essentiële

besteksbepalingen dient in principe dan ook te leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte, ongeacht het antwoord op de vraag of in de sanctie van de substantiële onregelmatigheid in het bestek uitdrukkelijk werd voorzien.

Gelet hierop tonen verzoekende partijen dan ook niet aan dat de bestreden beslissing, waarin werd aangegeven dat een afwijking van de vereisten inzake prijsopgave, werd vastgesteld en dat dit op grond van artikel 110, § 2, van het voormelde koninklijk besluit aanleiding gaf tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte, niet afdoende werd gemotiveerd, zeker nu verwerende partij ook nog uitdrukkelijk aangeeft dat zij van oordeel is dat hierdoor de vergelijkbaarheid van de offertes wordt aangetast.

Verzoekende partijen tonen trouwens niet aan dat de overweging dat te dezen de vergelijkbaarheid van de offertes werd aangetast, in feite of in rechte faalt. Zoals verwerende partij in haar nota aangeeft, lijkt de verplichting om dezelfde prijzen aan te bieden voor gelijkaardige posten in de beide deelcontracten rechtstreeks invloed te hebben op de prijszetting.

Voorts lijken verzoekende partijen aan te voeren dat de beslissing tot onregelmatigverklaring te dezen in strijd zou zijn met het redelijkheidsbeginsel omdat, indien zij voor deelcontract 1b dezelfde prijzen had gehanteerd als voor deelcontract 1a, dit slechts een nettoverschil van 10.000 euro had gemaakt. In overweging nemende dat verzoekende partijen er voor het overige in hun verzoekschrift van uitgaan dat de kosten voor deelcontract 1b hoger lagen, kan er van worden uitgegaan dat verzoekende partijen bedoelen dat indien zij voor deelcontract 1a even hoge prijzen had gehanteerd als voor deelcontract 1b, haar offerte slechts 10.000 euro duurder zou geweest zijn en nog steeds de goedkoopste offerte zou geweest zijn.

Daargelaten het gegeven dat bij een afwijking van de essentiële besteksbepalingen de aanbestedende overheid een offerte in principe substantieel onregelmatig moet verklaren en daarbij dus niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt die mag worden getoetst aan het redelijkheidsbeginsel, lijkt het te dezen ook dat de aanbestedende overheid moeilijk voorbij kon gaan aan de betrokken prijszetting nu niet valt in te zien hoe zij aan de hand daarvan de prijzen van de offerte van verzoekende partijen had dienen te beoordelen. Verzoekende partijen lijken te suggereren dat de aanbestedende overheid bij de vergelijking had kunnen uitgaan van de hoogste eenheidsprijzen. In dat geval, zo lijkt het, had de aanbestedende overheid dan echter een wijziging dienen aan te brengen aan de offerte van verzoekende partijen die de beperkte verbetermogelijkheden van een aanbestedende overheid op grond van artikel 114 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 op het eerste gezicht lijkt te buiten te gaan.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

9. In een tweede middel voeren verzoekende partijen de schending aan van “artikel 16 overheidsopdrachtenwet, het gelijkheids-, transparantie en zorgvuldigheidsbeginsel”. Zij achten deze rechtsnormen geschonden:

“doordat verwerende partij in het bestek de beoordeling van het gunningscriterium ‘prijs’ uitsluitend beoordeelt op de prijs die voor deelopdracht 1a wordt opgegeven en de prijs voor deelopdracht 1b aldus aan elke vergelijking en mededinging wordt onttrokken. terwijl verwerende partij de punten voor het gunningscriterium ‘prijs’ had moeten toekennen op basis van de totale prijs en dit zowel voor deelopdracht 1a en deelopdracht 1b, te meer omdat de samenvattende opmetingsstaat voor deelcontract 1b 22 posten bevat die niet voorkomen in deelopdracht 1a en, bijgevolg, voor deze posten nergens een eenheidsprijs wordt opgegeven die wordt onderworpen aan de mededinging, hetgeen de gelijkheid van de inschrijvers en de vergelijkbaarheid van de offertes ernstig in het gedrang brengt (schending gelijkheids-, transparantie- en zorgvuldigheidsbeginsel) en de mogelijkheid creëert dat de opdracht niet aan de economisch meest voordelige inschrijving werd gegund (schending van artikel 16 overheidsopdrachtenwet)”.

In de toelichting bij hun middel wijzen verzoekende partijen er op dat het bestek erin voorziet dat voor de beoordeling van het gunningscriterium “prijs” slechts rekening wordt gehouden met het inschrijvingsbedrag van het deelcontract voor het gewest terwijl de opdracht in twee deelcontracten voorziet. Bovendien verschilt de opmetingsstaat voor deelopdracht 1a aanzienlijk van de opmetingsstaat voor deelcontract 1b aangezien op deze laatste 22 posten voorkomen die niet voorkomen op de meetstaat van deelcontract 1a. Dit komt overeen met een bedrag van 50.000 euro of 200.000 euro indien de opdracht wordt verlengd, dat nooit aan enige mededinging wordt onderworpen.

Bovendien vertegenwoordigt de prijs die verzoekende partijen hebben opgegeven voor deelopdracht 1b 20% van de prijs voor deelopdracht 1a zodat dit bedrag een aanzienlijk deel in de aannemingsom vertegenwoordigt.

Een prijs criterium strekt er nochtans toe de reële kost van de opdracht voor de aanbestedende overheid te bepalen. Het prijs criterium kan niet slaan op de situatie waarin een aanbestedende overheid de mogelijkheid heeft om op basis van diverse scenario's, criteria en ramingen, zelf te bepalen welke prijs haar de meest voordelige lijkt. Een dergelijke invulling van het prijs criterium leidt immers tot moeilijkheden op het punt van zekerheid en objectiviteit.

Beoordeling

10. Het eerste middel, waarin verzoekende partijen de onregelmatigverklaring van hun offerte betwistten, werd niet ernstig bevonden. Aldus lijken verzoekende partijen een onregelmatige inschrijver, die in principe geen belang heeft om de gunning aan een andere inschrijver aan te vechten, tenzij wordt aangetoond dat de opdracht aan geen van de inschrijvers mocht worden gegund.

Een eventueel ernstig bevinden van het tweede middel lijkt daar niet toe te kunnen leiden, nu het enkel het hanteren van een gunningscriterium ten opzichte van verzoekende partijen betreft. Voorts is het derde middel, dat ertoe strekt de offerte van de andere, gekozen, inschrijver ook als onregelmatig te zien bevinden, zoals hierna zal blijken, niet ernstig.

Verzoekende partijen lijken aldus niet over het vereiste belang te beschikken bij het tweede middel.

C. Derde middel

Uiteenzetting

11. In een derde middel voeren verzoekende partijen de schending aan van “artikel 16 Overheidsopdrachtenwet, artikel 30 KB van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, het beginsel patere legem quam ipse fecisti, het zorgvuldigheidsbeginsel, artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de

materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur”. Zij achten deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat verwerende partij de opdracht heeft gegund aan een inschrijver wiens offerte als substantieel onregelmatig had moeten worden afgewezen. Terwijl verwerende partij de offerte van THV Vse-Paque-Fabricom 3KL als substantieel onregelmatig had moeten afwijzen bij gebreke aan de door artikel 30 KB van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen vereiste document dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin wordt beschreven op welke wijze zij het bouwwerk zullen uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan (schending van artikel 16 Overheidsopdrachtenwet en artikel 30 KB 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen). Minstens blijkt uit de bestreden beslissingen en het opgestelde gunningsverslag niet dat verwerende partij de aanwezigheid van dit document zorgvuldig heeft onderzocht (schending van het zorgvuldigheidsbeginsel) en waarom de afwezigheid van dit document en de door het bestek vereiste intentieverklaring niet zouden moeten leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van THV-Vse Paque-Fabricom 3KL (schending beginsel patere legem quam ipse fecisti, artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de materiële motiveringsplicht)”.

In de toelichting bij hun middel betogen verzoekende partijen dat op grond van artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’ de inschrijvers bij hun offerte onder meer een document dienen te voegen dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin wordt beschreven op welke wijze zij het bouwwerk zullen uitvoeren om rekening te houden met het veiligheids- en gezondheidsplan. Te dien einde voorzag het bij het bestek gevoegde veiligheids- en gezondheidsplan in drie bijlagen, waaronder een document “specifieke maatregelen” waarin de concrete preventiemaatregelen en –middelen moeten worden beschreven.

Uit het gunningsverslag blijkt echter dat het document “specifieke maatregelen” niet werd toegevoegd door de gekozen inschrijver. Het ontbreken van de door artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 vereiste documenten moet tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte leiden, zelfs wanneer de sanctie van de substantiële onregelmatigheid niet uitdrukkelijk in het bestek werd opgenomen.

Verzoekende partijen stellen bovendien vast dat uit het gunningsverslag geen onderzoek blijkt naar de aanwezigheid van de door het bestek en het veiligheids- en gezondheidsplan vereiste intentieverklaring. In de mate dat de Raad van State zou vaststellen dat deze intentieverklaring evenmin bij de offerte van de gekozen inschrijver werd gevoegd, moet de offerte ook om deze reden substantieel onregelmatig worden verklaard. In de mate dat de intentieverklaring wel bij de offerte zou hebben gezeten, blijkt in ieder geval geen enkel spoor van een zorgvuldig onderzoek uit het gunningsverslag en werden aldus artikel 3 van de formele motiveringswet en het materiële-motiveringsbeginsel geschonden.

Beoordeling

12. Artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’, luidt 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”.

Te dezen werd bij het bestek een veiligheids- en gezondheidsplan gevoegd, alsmede drie door de inschrijvers in te vullen formulieren, te weten een intentieverklaring, een document specifieke maatregelen en een document prijsberekening. De intentieverklaring vermeldt onder meer dat de ondergetekende verklaart kennis te hebben genomen van het V&G-plan ontwerp, de aan het project verbonden risico's en het bouwplaatsreglement en zich ertoe verbindt al zijn

werknemers, onderaannemers en zelfstandigen die voor zijn rekening werken, te informeren over de inhoud en toe te zien op de toepassing ervan door alle partijen.

Onder hoofdstuk IV. van het bij het bestek gevoegde veiligheids- en gezondheidsplan wordt onder meer vermeld:

“Bij zijn offerte voegt de aannemer een intentieverklaring en document artikel 30 (bijlage 1) waarin hij naar het V&G-plan verwijst en beschrijft op welke wijze hij zal handelen om aan de bepalingen van het V&G-plan te voldoen”.

Ten aanzien van het indienen van de offertes wordt in het bestek onder meer bepaald:

“ARTIKEL 104: INDIENEN OFFERTES

[...]

Onderrichtingen inzake de bijlagen

[...]

Bijlage 4: Prijsberekening van de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen

De kandidaten voegen bij hun offerte een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen.

Bijlage 5. Plan van aanpak zoals gevraagd in het Veiligheids- en Gezondheidsplan

De kandidaten voegen bij hun offerte 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”.

Met betrekking tot de VGM-voorwaarden (veiligheid en gezondheid) wordt in het gunningsverslag vermeld:

Inschrijver	Verwijzing naar V&G plan	Wijze van uitvoering project houdt rekening met V&G-plan	Prijsberekening
[...]	[...]	[...]	[...]
THV VSE-Yvan Paque-Cofely-Fab ricom	neen	<p>Taakrisicoanalyse + algemene risicoanalyse toegevoegd Uitvoeringswijze toegevoegd</p> <p>Toelichting: Het document ‘specifieke maatregelen’ is niet toegevoegd. Vanuit de taakrisicoanalyse, algemene risicoanalyse plan van aanpak en prijsberekening zijn de maatregelen kenbaar.</p>	<p>Afzonderlijke prijs voor specifieke maatregelen 66.580,00 EUR (perceel 1a) 13.616,00 EUR (perceel 1B)</p>

13. Voor de beoordeling van de concrete grieven sluit de Raad van State zich aan bij de bevindingen in het mondelinge advies van het auditoraat ter terechtzitting, die in essentie als volgt kunnen worden weergegeven:

Uit de offerte van de gekozen inschrijver, die als vertrouwelijk stuk in het administratief dossier werd neergelegd blijkt dat deze inschrijver bij zijn offerte met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan onder meer een document “Prijsberekening VGP in bijlage” voegde. In dit document worden de voorziene maatregelen opgesomd met hun kostprijs. Daarnaast heeft deze inschrijver een document “plan van aanpak VGP in bijlage” gevoegd. Dit document bevat onder meer een bijlage 3 “risicoanalyse van de van toepassing zijnde werken”, bijlage 4 “van toepassing zijnde werkinstructiefiches” met weergave van risicovolle verrichtingen die van toepassing zouden zijn binnen voorliggende opdracht met daarbij telkens de vermelding van de preventiemaatregelen. Daarnaast bevat het plan van aanpak ook een algemene risicoanalyse, met vermelding van

beheersmaatregelen, een lijst met de gebruikte gereedschappen en gevaarlijke producten, en een procedure voor planaanvraag ondergrondse leidingen.

Het invulformulier “specifieke maatregelen” zoals gevoegd bij het bestek, lijkt op het eerste gezicht door de gekozen inschrijver niet als dusdanig bij zijn offerte te zijn gevoegd. Verwerende partij lijkt echter op het eerste gezicht de grenzen noch van een redelijke noch van een zorgvuldige beoordeling te buiten te gaan wanneer zij het advies van de veiligheidscoördinator overneemt die oordeelt dat uit het plan van aanpak dat bij de offerte van de gekozen inschrijver werd gevoegd te dezen specifieke maatregelen kunnen worden afgeleid. Op het eerste gezicht lijken er ook andere elementen in het plan van aanpak voor te komen die worden gevraagd in het formulier “specifieke maatregelen”, zoals opgave van de tuigen die tijdens de werken zullen worden gebruikt. Bijgevolg lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden aanvaard dat de veiligheidscoördinator uit voormelde documenten de noodzakelijke informatie kon afleiden om te kunnen oordelen of de gekozen inschrijver voldoende rekening heeft gehouden met de in het veiligheids- en gezondheidsplan weerhouden risico’s. Minstens lijken er op het eerste gezicht geen evidente redenen voor te liggen op grond waarvan de Raad van State, zonder deskundig advies, zou moeten vaststellen dat de veiligheidscoördinator, die wel mag geacht worden over de nodige deskundigheid te beschikken, ten onrechte een gunstig advies zou hebben verstrekt aan de aanbestedende overheid met betrekking tot de offerte van de gekozen inschrijver.

Verwerende partij lijkt dan ook de grenzen noch van een redelijke noch van een zorgvuldige beoordeling te buiten te zijn gegaan, noch lijkt zij geoordeeld te hebben in strijd met artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 door in het gunningsverslag te stellen dat een taakrisicoanalyse + algemene risicoanalyse werd toegevoegd, dat de uitvoeringswijze werd toegevoegd en dat het document “specifieke maatregelen” weliswaar niet werd toegevoegd maar dat vanuit de taakrisicoanalyse, algemene risicoanalyse plan van aanpak en prijsberekening de maatregelen kenbaar zijn.

Het feit dat deze specifieke maatregelen niet op het voorgeschreven formulier zelf werden ingevuld maar op een bijgevoegd document werden uiteengezet, lijkt op het eerste gezicht de regelmatigheid van de offerte niet aan te tasten. Verzoekende partijen tonen dit in ieder geval niet aan.

Verwerende partij wijst er verder op dat in het gunningsverslag per materiële vergissing werd aangegeven dat er geen verwijzing zou zijn naar het veiligheids- en gezondheidsplan. Dit wordt ook bevestigd in een brief van 26 juni 2013 van de veiligheidscoördinator. Uit de overige vermeldingen in het gunningsverslag lijkt inderdaad te kunnen worden afgeleid dat het gaat om een materiële vergissing.

Er lijkt dan ook op dit punt geen schending van de materiële motiveringsplicht te kunnen worden vastgesteld.

Voorts wijzen verzoekende partijen er nog op dat niet blijkt of de gekozen inschrijver de vereiste intentieverklaring bij zijn offerte voegde.

Verzoekende partijen tot tussenkomst lijken niet te betwisten dat deze intentieverklaring inderdaad geen deel uitmaakte van hun offerte.

Anderzijds zou uit een door verwerende partij bijgebrachte brief van 26 juni 2013 van de veiligheidscoördinator, die aldus dateert van na de bestreden beslissing, moeten blijken dat de veiligheidscoördinator er bij zijn beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver van uit is gegaan dat de bij de offerte gevoegde beleidsverklaring in bijlage 1, bij document C5, het plan van aanpak, als een intentieverklaring kan worden beschouwd, zij het dat deze enkel betrekking heeft op één van de leden van de tijdelijke handelsvennootschap.

In ieder geval kan ten aanzien van deze intentieverklaring worden opgemerkt dat zij op het eerste gezicht, in tegenstelling tot een document met bespreking van de specifieke maatregelen en een document met een afzonderlijke prijsberekening, niet vereist lijkt op grond van artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke en mobiele bouwplaatsen. Op het eerste gezicht kan dan ook om deze reden geen schending van artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 worden vastgesteld.

Wat betreft de aangevoerde schending van het bestek en artikel 16 van de Overheidsopdrachtenwet kan worden opgemerkt dat het bijvoegen van de intentieverklaring ook niet vermeld wordt in het bestek onder artikel 104 waar de bij de offerte te voegen documenten worden opgesomd, dit in tegenstelling tot de prijsberekening van de maatregelen in het kader van het veiligheids- en gezondheidsplan en het plan van aanpak. Er wordt in voormeld artikel 104 van het bestek wel voorzien dat een bewijs betreffende de veiligheid en gezondheid inzake de uitrusting moet worden bijgevoegd, alsook een bijlage met de gegevens inzake de technische bekwaamheid van het beschikbaar gestelde personeel. Deze beide bijlagen lijken op het eerste gezicht gevoegd te zijn bij de offerte van de gekozen inschrijver.

Het bij het bestek gevoegde veiligheids- en gezondheidsplan voorziet er te dezen weliswaar in dat dergelijke intentieverklaring bij de offerte dient te worden gevoegd, maar lijkt aan het ontbreken ervan op het eerste gezicht geen sanctie te koppelen.

Verzoekende partijen tot tussenkomst lijken er terecht op te wijzen dat anderzijds ook in het veiligheids- en gezondheidsplan gevoegd bij het bestek wordt vermeld:

“door het indienen van zijn offerte verbindt de aannemer er zich toe de bepalingen van het V&G-plan en de bijlagen (o.a. het Bouwplaatsreglement) na te leven tijdens de volledige verwezenlijkingsduur van het project”.

De gekozen inschrijver lijkt aldus reeds door het indienen van zijn offerte er zich toe verbonden te hebben de bepalingen van het V&G-plan na te leven.

Uit de rechtspraak van de Raad van State lijkt verder te kunnen worden afgeleid dat het niet-bijvoegen van documenten bij een offerte, zelfs wanneer deze niet op straffe van nietigheid zijn vereist volgens het bestek, toch kan leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte, onder meer wanneer het documenten betreft die invloed kunnen hebben op de prijsberekening en aldus als essentieel dienen te worden beschouwd.

Te dezen tonen verzoekende partijen echter op het eerste gezicht niet aan hoe de prijsvergelijking van de offertes zou zijn aangetast door het ontbreken van de intentieverklaring.

Tot slot dient ook te worden vastgesteld dat de veiligheidscoördinator een positief advies verleende ten aanzien van de offerte van de gekozen inschrijver wat betreft het gegeven dat de door de gekozen inschrijver voorgestelde wijze van uitvoering voldoende rekening hield met het van toepassing zijnde veiligheids- en gezondheidsplan. Het eventueel niet voorhanden zijn van de intentieverklaring heeft de veiligheidscoördinator niet verhinderd uit de overige documenten de nodige informatie te halen om te oordelen of de gekozen inschrijver voldoende rekening hield met het veiligheids- en gezondheidsplan. Tussenkomen partijen lijken er op het eerste gezicht ook terecht op te wijzen dat uit de bij de offerte gevoegde bijlagen in verband met het veiligheids- en gezondheidsplan, lijkt te kunnen worden afgeleid dat de inschrijver kennis genomen heeft van het veiligheids- en gezondheidsplan en van de aan het project verbonden risico's en de inschrijver zich ertoe verbindt, met inbegrip van zijn werknemers en onderaannemers, het veiligheids- en gezondheidsplan na te leven. Daarbij kan worden opgemerkt dat, daar waar het advies van de veiligheidscoördinator verplicht maar weliswaar niet bindend is, de aanbestedende overheid moeilijk hiervan lijkt te kunnen afwijken en in dat geval toch duidelijk moet motiveren waarom zij dit advies niet volgt en dus duidelijk aanwijsbare redenen moet hebben waarom zij van oordeel is dat de verbintenis niet kon worden afgeleid uit de aanwezige informatie. Verzoekende partijen maken op het eerste gezicht niet aannemelijk dat dergelijke redenen voorhanden zijn. Er lijkt dan ook evenmin een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel voor te liggen.

Gelet op al deze gegevens tonen verzoekende partijen op het eerste gezicht niet aan waarom het bijvoegen van de intentieverklaring als een essentiële besteksvereiste dient te worden beschouwd, waarvan het ontbreken tot de

substantiële onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver had moeten leiden.

Voor zover er moet worden van uitgegaan dat de gekozen inschrijver aldus in strijd met het bestek geen intentieverklaring in verband met het V&G-plan toevoegde, lijkt dit eerder te moeten leiden tot een relatieve onregelmatigheid die te dezen op zich de vergelijkbaarheid van de offertes niet lijkt aan te tasten.

Voor zover verzoekende partijen in hun middel ook een schending inroepen van de formele motiveringsplicht die zij afleiden uit de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, kan op het eerste gezicht worden vastgesteld dat in het gunningsverslag dat deel uitmaakt van de gunningsbeslissing, het advies van de veiligheidscoördinator wordt overgenomen, met de vermelding dat voor de offerte van de gekozen inschrijver de gevraagde specifieke maatregelen zijn af te leiden uit de algemene risico-analyse, het bijgevoegde V&G-plan en de prijsberekening.

Voor zover verzoekende partijen menen aan te voeren dat de bestreden beslissing niet afdoende motiveert waarom het niet bijvoegen van de intentieverklaring door de gekozen inschrijver niet moest leiden tot de relatieve onregelmatigheid van de offerte, lijken verzoekende partijen, wiens offerte zelf behept is met een substantiële onregelmatigheid die wel de vergelijkbaarheid van de offertes aantast, niet te beschikken over het vereiste belang bij hun middel.

14. Het derde middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Verkeer Signalisatie en Electronica, de nv Etablissements Paque Yvan en de nv Cofely Fabricom tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 11 juli 2013, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest