RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 225.565 van 21 november 2013
in de zaak A. 210.487/XII-7488

In zake: de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN CHRIS VUYLSTEKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Alex Vrombaut
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD DEINZE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jeroen Delvoie en Jürgen Vanpraet
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV STRABAG BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem (Gent)
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 oktober 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Deinze

dd. 24 september 2013 […] waarbij de offerte van de [nv Algemene Ondernemingen Chris Vuylsteke] als substantieel onregelmatig werd afgewezen en de opdracht 'Bouwen van een Administratief Centrum 'AS Leiespiegel – Huis van de Deinzenaar' Perceel 1 (Ruwbouw en afwerking)' aan een andere inschrijver (Strabag Belgium nv […]) werd gegund".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 30 oktober 2013 heeft de nv Strabag Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 november 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Samuel Mens, die loco advocaat Alex Vrombaut verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Jürgen Vanpraet, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een opdracht van werken, met als voorwerp "Bouwen van een Administratief Centrum 'AC Leiespiegel – Huis van de Deinzenaar'".

3.2 De aankondiging van de opdracht wordt op 31 augustus 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 4 september 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Te dezen gaat het om perceel 1 "Ruwbouw en afwerking" en is het bijzonder bestek "AC Leiespiegel – Huis van de Deinzenaar Perceel 1: Ruwbouw en afwerking" van toepassing.

3.4. Deel 1 van het bijzonder bestek zoals voorgelegd door de verwerende partij en de tussenkomende partij bepaalt :

> "Bij de offerte te voegen bescheiden
> De hierna vermelde bescheiden moeten eveneens bij de offerte worden gevoegd en dit als 1 origineel en 2 kopieën:
> - de samenvattende meetstaat, behoorlijk door hem nagezien, ondertekend en aangevuld met de eenheidsprijzen,
> - het totaal bedrag en dit op het offerteformulier, behoorlijk ingevuld en ondertekend;
> - het bewijs van erkenning als aannemer;
> - bij een tijdelijke vereniging vermeldt elke vennoot zijn erkenningsnummer in de offerte en dient de overeenkomst van tijdelijke vereniging toegevoegd te worden;
> - de bescheiden, documentatie, modellen, monsters en alle andere inlichtingen die in het bijzonder bestek zijn opgevraagd.
> - lijst van de namen van de onderaannemers (zie artikel 10).
> - al de stukken die gebeurlijk worden vereist bij het algemeen bestek, het bijzonder bestek en de beschrijvende opmeting. Al deze documenten dienen gedagtekend en aangevuld met de melding "opgemaakt door ondertekende(n) om gevoegd te worden bij de inschrijving van heden".
> - ingevulde tabellen 8.1 en 8.2 opgenomen in deel 8 van het veiligheids- en gezondheidsplan".

In de versie voorgelegd door de verzoekende partij zijn gedeelten van de hiervan aangehaalde tekst doorstreept.

Artikel 10 “Onderaannemer” van het tweede deel van dit bijzonder bestek luidt:

> “Artikel 10 – onderaannemer
>
> […]
> De aannemer dient bij de offerte voor ieder deel van de aanneming een lijst van maximaal 3 onderaannemers per deel op te geven.
>
> - deze lijst dient volgende gegevens voor iedere betrokken onderaannemer te bevatten:
> - naam en adres
> - bewijs van, erkenning en klasse
>
> Het indienen van deze lijst bij de offerte is verplicht op straffe van nietigheid van de offerte. Deze lijst is bindend, de aannemer dient bij een eventuele toewijzing een onderaannemer uit de voorgestelde lijst te kiezen en vast te leggen.
>
> Indien de onderaannemers niet bekend gemaakt zijn bij het indienen van de offerte mag geen onderaannemer op de werf verschijnen, zolang een coördinator-uitvoering aanstelt is conform het KB van 25 januari 2001 op de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen”.

3.5 Op 23 oktober 2012 vindt de opening van de offertes plaats. Blijkens het proces-verbaal van opening van de offertes voor dit perceel 1 worden 8 offertes ingediend waaronder deze van de verzoekende partij, die met 10.137.613,67 euro, btw niet inbegrepen, de laagste prijs aanbiedt, en deze van de nv Strabag Belgium, de uiteindelijk gekozen inschrijver, die met 10.490.150,19 euro, btw niet inbegrepen, de tweede laagste prijs aanbiedt.

3.6 Op 31 oktober 2012 stelt de veiligheidscoördinator een verslag op.

3.7. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd 11 april 2013 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat is gebleken dat geen lijst van onderaannemers aan de offerte werd toegevoegd en dat in haar veiligheidsplan is te lezen dat geen onderaannemers zullen worden ingezet. Na verwijzing naar voormeld artikel 10 van het bijzonder bestek wordt zij gevraagd

uitdrukkelijk te bevestigen dat zij voor de uitvoering van de opdracht geen beroep zal doen op (een) onderaannemer(s) en uiterlijk 19 april 2013 een antwoord te bezorgen:

> "Bij nazicht van uw offerte is gebleken dat geen lijst van onderaannemers aan de offerte werd toegevoegd. Op pagina 2 van het door u ingediende veiligheidsplan is te lezen dat geen onderaannemers zullen worden ingezet. Het bestek schrijft op blz. 13/40 in artikel 10 - Onderaannemer - immers voor dat indien de onderaannemers niet bekend gemaakt zijn bij het indienen van de offerte geen onderaannemer op de werf mag verschijnen, zolang een coördinator-uitvoering aangesteld is conform het Koninklijk Besluit van 25 januari 2001 op de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen. Bovendien bepaalt het bestek, eveneens op blz. 13/40 in artikel 10 - Onderaannemer - dat het indienen van de lijst met onderaannemers bij de offerte verplicht is op straffe van nietigheid van de offerte.
>
> In die zin verzoeken wij u ons uitdrukkelijk te bevestigen dat u, voor de uitvoering van de opdracht, geen beroep zal doen op (een) onderaannemer(s)".

3.8. In een blijkbaar aangetekend en volgens het verzoekschrift ook via e-mail verzonden brief gedateerd 18 april 2013 antwoordt de verzoekende partij:

> "Vooreerst wensen wij te melden dat art. 10 van het lastenboek tegenstrijdig werd opgesteld. Enerzijds moet de lijst op straffe van nietigheid worden medegedeeld, anderzijds laat de laatste alinea de mogelijkheid open om geen lijst in te dienen.
> Bovendien wensen wij te stellen dat de opgelegde voorwaarde van mededeling van een lijst van maximum 3 onderaannemers een onmogelijke voorwaarde inhoudt, rekening houdende met de aard, de omvang, de planning,... van de werken.
> In het stadium van offerte kan immers geen lijst van onderaannemers medegedeeld worden waarbij de verplichting geldt dat er mee dient te worden gewerkt.
> Meerdere argumenten kunnen hiervoor worden aangehaald: de conformiteit van de onderaannemer bij aanbesteding betekent niet noodzakelijk een conformiteit bij uitvoering, geen zekerheid kan door de onderaannemer worden geboden ook effectief de werken uit te voeren gezien dit afhankelijk is van zijn eigen planning een maximum van 3 is gezien de grootte orde van het werk niet haalbaar, ….
> In alle geval dienen – zoals ook gemeld in het lastenboek – alle onderaannemers vooraf ter goedkeuring worden voorgelegd aan het bestuur, wat gebruikelijk is.

In die zin werd dan ook geen lijst met onderaannemers medegedeeld.
Bij huidig schrijven voegen wij voor de goede orde een lijst van erkende/geregistreerde onderaannemers waarmee wij gebruikelijk werken.

Wij maken alle voorbehoud omtrent een eventuele weigering van onze offerte op basis van een onmogelijk te verwezenlijken voorwaarde".

3.9. Op 29 augustus 2013 stelt de ontwerper-architectuur samen met de ontwerper-bouwcoördinatie een –vertrouwelijk aan de Raad van State voorgelegd– aanbestedingsverslag op.

Daarin wordt in het kader van het administratief nazicht vastgesteld dat de offertes van de verzoekende partij en van de thv Vantornhaut-Mevaco dienen te worden geweerd wegens het niet bij de offerte voegen van de op straffe van nietigheid voorgeschreven lijst met onderaannemers en nu zij bevestigden wel degelijk een beroep te zullen doen op onderaannemers.

In het kader van het rekenkundig nazicht wordt bij de verzoekende partij vastgesteld dat zij voor 14 posten geen eenheidsprijs opgaf maar deze als "inclusief" andere posten vermeldde en wordt na een analyse aangeraden haar ook om die reden te weren.

3.10. Op 24 september 2013 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Deinze het aanbestedingsverslag en het voorstel van gunning goed en beslist het college de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, de nv Strabag Belgium, tegen het nagerekend inschrijvingsbedrag van 10.489.001,53 euro, btw niet inbegrepen. In de beoordeling werden eerst de opmerkingen van het aanbestedingsverslag bij bepaalde offertes onder meer deze van de verzoekende partij samengevat en besloten dat de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig wordt afgewezen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.11. Bij blijkbaar aangetekend en bij e-mail verzonden brief gedateerd 9 oktober 2013 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee

dat het college van burgemeester en schepenen op 24 september 2013 haar offerte als onregelmatig heeft afgewezen en dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund. Bijgevoegd wordt een "uittreksel uit de gemotiveerde beslissing met de motieven van uw wering", in feite de volledige gunningsbeslissing, maar met onleesbaarmaking van de concrete beoordelingen van de overige offertes, zonder het aanbestedingsverslag maar met het verslag van de veiligheidscoördinator opnieuw met weglating van de beoordeling van de andere inschrijvers.

IV. Tussenkomst

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

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. De verwerende partij betoogt inzake de ontvankelijkheid dat "de rechtsgeldigheid van de beslissing van de raad van bestuur [van de verzoekende partij] om voor [de] Raad in rechte te treden […] op basis van de voorgelegde [stukken] niet [kan] worden vastgesteld" en schikt zich vervolgens "naar de wijsheid van [de] Raad over de beoordeling van dit gebrek aan hoedanigheid om voor [de] Raad op te treden".

5.2. Daargelaten de vraag of het zich gedragen "naar de wijsheid van de Raad van State" betreffende het in rechte treden van de verzoekende partij als een exceptie mag worden beschouwd – wat a fortiori in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet vanzelfsprekend lijkt – bestaat er vooralsnog geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. 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 beslissingen kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

6.2. 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 beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

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

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

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij steunt een eerste middel op de schending van de artikelen 65/4, 5° *juncto* artikel 65/5, 6° en 7° *juncto* artikel 65/8, §1, 2° en 3°, van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten', van de "formele motiveringsplicht (artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen) […]", van het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel en van "de gelijke behandeling van de inschrijvers (mede schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet)".

Zij betoogt daartoe dat zij in de bestreden beslissing alle motieven moet kunnen terugvinden die haar toelaten te begrijpen waarom de beslissing werd genomen, waarbij de beslissing bovendien op draagkrachtige motieven moet berusten en dat die bestreden beslissing haar in zijn geheel aangaat, terwijl de verwerende partij bepaalde niet-onbelangrijke passages in die beslissing onleesbaar heeft gemaakt. Bovendien wordt in de bestreden beslissing verwezen naar het aanbestedingsverslag van 29 augustus 2013 waaraan de thans bestreden beslissing zelfs de goedkeuring verleent en dat -om welke reden dan ook- niet aan de verzoekende partij werd bezorgd. De andere bijlage waarnaar wordt verwezen, namelijk het verslag van 31 oktober 2012 van de veiligheidscoördinator, bevat opnieuw zwarte markering van tekstdelen. Aldus wordt het haar onmogelijk gemaakt "zelf onderzoek te plegen of er nog andere motieven ten grondslag liggen aan haar wering en of er eventueel ook met betrekking tot de andere kandidaten eventuele ' te problematiseren' elementen zijn en welke gevolgen de verwerende partij meende hieraan te moeten verbinden" terwijl de bestreden beslissing "op zijn minst de indruk [wekt] dat ook met betrekking tot een aantal andere offertes één en ander diende te worden opgemerkt".

Ook de redenen die ten grondslag liggen aan de uiteindelijke gunning van de opdracht aan de nv Strabag Belgium blijven zo voor de

verzoekende partij onbekend. “Door de concrete handelwijze van de verwerende partij, is er ook maar niets in hoofde van de verzoekende partij dat ook maar de zekerheid biedt” dat “geen andere bijkomende elementen ten grondslag liggen aan de wering van de verzoekende partij, en zij dus van alle motieven op de hoogte werd gebracht”, dat “ook andere inschrijvers niet -om welke reden dan ook- hadden moeten worden geweerd” en dat “de opdracht niet ten onrechte aan Strabag Belgium nv werd gegund”. “Niets garandeert in casu dat het kernelement in het kader van de overheidsopdrachten, met name de gelijkheid van alle inschrijvers, werd gerespecteerd”, en het wordt haar “onmogelijk gemaakt zich een duidelijk beeld te vormen van de wijze waarop en de mate waarin het overheidsoptreden tijdens onderhavige gunningsprocedure aan haar rechtspositie raakt”.

Zij besluit:

> “De verwerende partij schiet tekort op het vlak van voormelde wettelijke motiveringsbepalingen, en schendt de formele motiveringsplicht.
> Niet alle motieven die ten grondslag liggen van de thans bestreden beslissing werden veruitwendigd in de bestreden beslissing zelf. De verzoekende partij krijgt geen kennis van alle motieven van het bestuur.
> Dit kan niet worden aanvaard.
> Door zo te handelen, handelt de verwerende partij bovendien kennelijk onredelijk en onzorgvuldig, en creëert zij op zijn minst de indruk ook de gelijkheid van de inschrijvers niet te respecteren”.

Beoordeling

8. In dit eerste middel verwijt de verzoekende partij de verwerende partij in essentie dat de verwerende partij haar geen kennis heeft gegeven van de integrale gemotiveerde gunningsbeslissing, en zij aldus geen kennis heeft kunnen nemen van alle motieven waarop de gemotiveerde gunningsbeslissing is gesteund, nu haar enkel de motieven werden meegedeeld die ten grondslag liggen van de beslissing om haar offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen.

9. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele-motiveringsverplichting die de verzoekende partij ook afleidt uit de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de juridische en feitelijke overwegingen

vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Overeenkomstig artikel 65/4, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten' stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op, onder meer "5° wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure". Artikel 65/5 bepaalt dat de in artikel 65/4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang de procedure en het soort beslissing, onder meer bevat "6° 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" en "7° de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben".

Artikel 65/8, § 1, eerste lid, van de voormelde wet van 24 december 1993 luidt ten slotte als volgt:

> "Onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing doet de aanbestedende instantie kennisgeving van:
> 1° aan elke niet-geselecteerde inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;
> 2° aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;
> 3° aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver, de gemotiveerde beslissing".

De verzoekende partij lijkt, zoals hierna zal blijken, in dit middel in feite deze twee verschillende verplichtingen in hoofde van de verwerende partij te verwarren, namelijk (1°) de verplichting om de gunningsbeslissing te motiveren zoals aan de verwerende partij opgelegd door de aangehaalde artikelen 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993 en (2°) de verplichtingen tot kennisgeving zoals voorgeschreven door artikel 65/8 van die wet.

10. De motieven voor het weren van de offerte van de verzoekende partij, zoals in het aanbestedingsverslag opgenomen onder het administratief nazicht en het rekenkundig nazicht, alsook de beoordeling van de gekozen inschrijver op die punten, worden in de nota geciteerd en de verwerende partij heeft aldus de ingeroepen vertrouwelijkheid van het aanbestedingsverslag op dat punt zelf en onder eigen verantwoordelijkheid gelicht.

Deze motieven luiden in het kader van het administratief nazicht:

"1.1.3. Chris Vuylsteke

A	Samenvattende meetstaat, conform aan model, ondertekend	OK
B	Offerteformulier, conform aan model, ondertekend	OK
C	Bewijs van erkenning	OK
D	Indien tijdelijke vereniging: overeenkomst TV	NVT
E	Lijst namen onderaannemers	NIET OK
F	Ingevulde tabellen 8.1 en 8.2 opgenomen in V&G-plan	OK
G	Verklaring op eer	NIET OK
H	RSZ-bijdrages	OK
I	Fiscale schulden	OK

De inschrijver voldoet niet aan de gevraagde criteria
Aangezien het afgeven van de lijst met namen van onderaannemers een voorwaarde is op straffe van nietigheid, dient de inschrijver te bevestigen geen onderaannemers in te zetten tijdens de werken. Met een e-mail van 18 april 2013 heeft de inschrijver geantwoord dat hij wel degelijk beroep zal doen op onderaannemers. In deze e-mail voegt hij bovendien een lijst van onderaannemers toe waarmee hij gebruikelijk werkt. Gelet op de bepalingen van het bestek en het patere legem-beginsel dat inhoudt dat een overheid de regels moet toepassen die zij zelf heeft opgelegd, is de offerte

van deze inschrijver aangetast met een substantiële onregelmatigheid. Dergelijke onregelmatigheid kan door de inschrijver ingevolge het gelijkheidsbeginsel niet worden 'geregulariseerd' door achteraf nog de op straffe van nietigheid vereiste informatie of documentatie toe te voegen of te laten toevoegen. Deze inschrijver dient dan ook geweerd te worden.

Aanbestedingsverslag
De inschrijver dient een ondertekende verklaring op eer over te maken en deze zal opgevraagd worden indien de inschrijver in aanmerking komt voor gunning en dit vooraleer de gunning plaats vindt".

"1.1.6. STRABAG

A	Samenvattende meetstaat, conform aan model, ondertekend	OK
B	Offerteformulier, conform aan model, ondertekend	OK
C	Bewijs van erkenning	OK
D	Indien tijdelijke vereniging: overeenkomst TV	NVT
E	Lijst namen onderaannemers	OK
F	Ingevulde tabellen 8.1 en 8.2 opgenomen in V&G-plan	OK
G	Verklaring op eer	OK
H	RSZ-bijdrages	OK
I	Fiscale schulden	OK

De inschrijver voldoet aan de gevraagde criteria".

De bestreden beslissing keurt het aanbestedingsverslag goed en motiveert de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij als volgt:

"3) Algemene Ondernemingen Vuylsteke Chris nv uit Meulebeke

<u>Ontbreken van lijst onderaannemers</u>

Overwegende dat bij het administratief nazicht blijkt dat de fa Algemene Ondernemingen Vuylsteke Chris nv geen lijst met onderaannemers aan zijn offerte heeft toegevoegd;

Gelet op de besteksbepaling die expliciet (en met nadruk) stelt dat - in voorkomend geval - een lijst met onderaannemers bij de offerte dient toegevoegd worden op straffe van nietigheid van de offerte (artikel 10 van het bestek);

Overwegende dat ter verduidelijking van zijn offerte - per aangetekende zending dd 11 april 2013 aan deze inschrijver gevraagd werd of hij tijdens de uitvoering met onderaannemers zal werken;

Gelet op de uitdrukkelijke bevestiging van de fa Algemene Ondernemingen Vuylsteke Chris nv per e-mail dd 18 april 2013 en met bevestiging per aangetekend schrijven dd 22 april 2013, onderaannemers te willen inzetten en de toevoeging van een lijst van onderaannemers waarmee hij gebruikelijk werkt;

Gelet op het ontbreken van deze lijst bij de offerte van de fa Algemene Ondernemingen Vuylsteke Chris nv bij indiening van de oorspronkelijke offerte;

Overwegende dat een offerte door de inschrijver ingevolge het gelijkheidsbeginsel niet kan geregulariseerd worden door achteraf nog de op straffe van nietigheid vereiste informatie of documentatie te laten toevoegen;

Overwegende dat het ontbreken van de lijst met onderaannemers, mede gelet op de expliciete bepalingen van het bestek waaruit volgt dat de naleving van deze vereist is voorgeschreven op straffe van nietigheid van de offerte, een schending van een essentiële besteksbepaling uitmaakt die tot een substantiële onregelmatigheid leidt;

<u>Ontbreken van de verklaring op eer</u>

[…]
Overwegende dat het toevoegen van een verklaring op eer bij de offerte geen essentiële besteksbepaling is en dergelijke verklaring ook na indiening, maar voor sluiting van de opdracht kan worden opgevraagd;

<u>Prijsopgave in de offerte</u>

Overwegende dat na rekenkundig nazicht blijkt dat de fa Algemene Ondernemingen Chris Vuylsteke nv voor 14 posten in de meetstaat geen eenheidsprijs opgegeven heeft, maar zich ertoe heeft beperkt in zijn offerte ‘inclusief’ te vermelden.
[…]

<u>Conclusie</u>
De offerte van de fa Algemene Ondernemingen Vuylsteke Chris nv uit Meulebeke wordt, rekening houdend met bovenstaande overwegingen, als substantieel onregelmatig afgewezen”.

Wat de regelmatigheid van de offerte van de nv Strabag Belgium betreft, bevat de bestreden beslissing de volgende motivering:

> "4) Strabag Belgium nv uit Gent
>
> Prijsopgave in de offerte
>
> Overwegende dat na rekenkundig nazicht blijkt dat de fa Strabag Belgium nv voor een post in de meetstaat geen eenheidsprijs opgegeven heeft, maar zich ertoe heeft beperkt om in zijn offerte 'inclusief' te vermelden;
>
> Overwegende dat hiervan expliciet melding gemaakt wordt in een aparte opmerking in de offerte;
>
> Overwegende dat voorts ook uit de toelichtingsnota die de fa Strabag Belgium nv bij de offerte heeft gevoegd, duidelijk blijkt dat deze post wel degelijk in de offerte is begrepen;
>
> Overwegende dat er voor de post 'kolommen' aan de fa Strabag Belgium nv per aangetekend schrijven dd 29 november 2012 een prijsverantwoording gevraagd werd;
>
> Overwegende dat de prijsverantwoording van de fa Strabag Belgium nv dd 7 december 2012 voor de post 'kolommen' wordt aanvaard;
>
> Overwegende dat deze post minder dan 1% van de totale waarde van de opdracht vertegenwoordigt, hetgeen bijzonder beperkt is;
>
> Overwegende dat de werkwijze van de fa Strabag Belgium nv geen enkele invloed op de rangschikking heeft, wordt er geoordeeld dat de gelijkheid en de vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrang komt;
>
> Overwegende dat bijgevolg het niet opgeven van een afzonderlijke prijs voor slecht één post, die minder van 1% van de totale waarde van de opdracht vertegenwoordigt, niet tot een substantiële onregelmatigheid leidt;
>
> Conclusie
> De offerte van de fa Strabag Belgium nv uit Gent wordt, rekening houdend met bovenstaande overwegingen, aanvaard voor verdere beoordeling".

11. Wat de beweerde schending van voormeld artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993 betreft, dient te worden vastgesteld dat een eventueel gebrek in de kennisgeving in beginsel de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet aantast.

Dit artikel 65/8, § 1, eerste lid, maakt overigens in 2° en 3° - de hypothese onder 1°, de niet-selectie betreffend, is hier niet relevant - een onderscheid tussen de kennisgeving van de gunningsbeslissing aan de inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, zoals te dezen de verzoekende partij, waaraan, in de vorm van een uittreksel, de motieven ter kennis gebracht moeten worden die leiden tot de onregelmatigheid van zijn offerte, zonder dat de overige motieven die aan de grondslag liggen van de gunningsbeslissing ook ter kennis gebracht moeten worden, en de inschrijver van wie de offerte regelmatig is bevonden, maar van wie de offerte niet gekozen is, waaraan de gemotiveerde beslissing moet worden bezorgd.

De huidige verzoekende partij waarvan de offerte onregelmatig werd bevonden, kan zich dus enkel op artikel 65/8, § 1, eerste lid, 2°, beroepen, maar niet op artikel 65/8, § 1, eerste lid, 3°, aangezien deze bepaling op haar niet van toepassing is.

Te dezen lijkt wat haar betreft in elk geval effectief voldaan aan de kennisgevingsvereiste bedoeld in dit artikel 65/8, § 1, eerste lid, 2°, aangezien haar de gemotiveerde beslissing werd meegedeeld met de motieven waarom haar offerte onregelmatig werd verklaard, namelijk, samengevat:

- het ontbreken van een lijst met onderaannemers in de offerte, hetgeen door het bestek is voorgeschreven op straffe van nietigheid
- het ontbreken van een eenheidsprijs in de offerte voor 14 posten in de meetstaat die samen een belangrijk deel van de waarde vertegenwoordigen waardoor de offertes onvergelijkbaar worden.

Het feit dat de beoordeling van andere inschrijvers in de haar meegedeelde beslissing onleesbaar werd gemaakt lijkt aldus geen schending van die bepaling in te houden nu haar niet de gehele beslissing diende te worden meegedeeld maar enkel de motieven voor de wering van haar offerte.

Aan de door artikel 65/8, § 1, eerste lid, ten aanzien van de verzoekende partij als geweerde inschrijver opgelegde kennisgevingsverplichting lijkt dan ook voldaan.

12. Het feit dat de verzoekende partij niet ook de motivering voor het weren van haar offerte zoals opgenomen in het aanbestedingsverslag werd meegedeeld -de tweede bijlage, het verslag van de veiligheidscoördinator werd haar wel meegedeeld, zij het met onleesbaarmaking van de beoordeling van de overige offertes- lijkt niet tot een ander besluit te leiden nu de essentiële motieven voor het weren van haar offerte zoals verwoord in dat aanbestedingsverslag in wezen lijken te zijn hernomen in de meegedeelde gemotiveerde beslissing.

13. De bestreden beslissing bevat voorts wel degelijk een omstandige formele motivering van de redenen waarom de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig werd geweerd en waarom de opdracht werd gegund aan de gekozen inschrijver. De verzoekende partij kon vóór het indienen van het verzoekschrift om de voormelde redenen voldoende kennis nemen van die motieven wat haar offerte betreft en toont niet *prima facie* aan waarom dit geen afdoende formele motivering zou zijn. Het tegendeel blijkt veeleer uit het tweede middel waarin de verzoekende partij de materiële motieven voor het weren van haar offerte omstandig inhoudelijk betwist. Aldus lijkt voldaan aan de formele-motiveringsverplichting, minstens aan de *ratio legis* ervan.

14. In de mate dat de verzoekende partij in dit verband opnieuw aanstoot neemt aan het niet meedelen van de beoordeling van de andere offertes, betreft dit de reeds besproken grief gesteund op de schending van voormeld artikel 65/8, § 1, eerste lid, en kan worden herhaald dat krachtens deze bepaling enkel de kennisgeving van de motieven voor het weren van haar eigen offerte is vereist.

15. In de mate dat in het middel ook de schending wordt ingeroepen van het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, en zulks wordt afgeleid uit dezelfde grieven, wordt niet aangetoond op welke wijze deze beginselen geschonden zouden zijn nu geen schending is aangetoond van de ingeroepen artikelen 65/4, 65/5 en 65/8 van de wet van 24 december 1993 en is het middel om dezelfde redenen niet ernstig.

16. In de mate dat het middel steunt op de schending van het gelijkheidsbeginsel, wordt in wezen aangevoerd dat de verwerende partij, door enkel de motieven voor de wering van de offerte van de verzoekende partij mee te

delen, “op zijn minst de indruk [creëert] ook de gelijkheid van de inschrijvers niet te garanderen”. Hiermee is echter niet concreet een ongelijke behandeling in de beoordeling van de offertes aangetoond en gaat de verzoekende partij overigens opnieuw voorbij aan de voormelde regels inzake kennisgeving in artikel 65/8, § 1, eerste lid, van de wet van 24 december 1993.

17. Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. De verzoekende partij steunt een tweede middel op de schending van artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993, van het beginsel “*patere legem quam ipse fecisti*”, van artikel 110 *juncto* 88, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, van artikel 65/4, 5° *juncto* artikel 65/5, 6° en 7° *juncto* artikel 65/8, § 1, 2° en 3°, van de voormelde wet van 24 december 1993 en van “de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij doet daartoe gelden dat de opdracht overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 aan haar had moeten worden gegund, nu zij ontegensprekelijk de laagste offerte heeft ingediend en haar offerte ten onrechte als onregelmatig werd geweerd, dat met de motieven die ter zake wel door de verwerende partij ter kennis werden gebracht van de verzoekende partij de artikelen 65/4, 5° *juncto* artikel 65/5, 6° en 7° *juncto* artikel 65/8, § 1, 2° en 3° van de wet van 24 december 1993 manifest werden geschonden, evenals de materiële-motiveringsverplichting en het zorgvuldigheidsbeginsel, en dat de verwerende partij bovendien nalaat de door haarzelf vooropgestelde gunnings-criteria te respecteren, en aldus te handelen volgens het beginsel “*patere legem quam ipse fecisti”*.

18.1. Vervolgens gaat de verzoekende partij, in wat kan worden beschouwd als een eerste onderdeel, in op het eerste weringsmotief, de niet-bijgevoegde lijst van onderaannemers.

Zij benadrukt in de eerste plaats dat haar antwoordbrief van 18 april 2013 op de vraag omtrent het eventueel beroep op onderaannemers in de bestreden beslissing inhoudelijk onbeantwoord blijft en dat de verwerende partij daarin manifest ten onrechte betoogt dat de verzoekende partij zou moeten worden geweerd op grond van op artikel 10 van het bestek dat "op straffe van nietigheid" van de verzoekende partij zou verlangen dat een lijst met onderaannemers bij de offerte zou worden gevoegd:

> "De laatste alinea van dit artikel 10 laat immers ontegensprekelijk voor de inschrijvers de mogelijkheid open om deze onderaannemers nog niet bekend te maken. Anders zou deze laatste alinea geen zin hebben — de *potius ut valeat* interpretatieregel impliceert dat die mogelijkheid voor de inschrijver dus bestaat.
> Bovendien werd door de verwerende partij onder 'bij de offerte te voegen bescheiden' de lijst van de namen van de onderaannemers (zie artikel 10)' doorgehaald, hetgeen de verzoekende partij enkel maar bevestigde in de overtuiging dat een dergelijke lijst niet diende te worden toegevoegd aan de offerte. *Patere legem quam ipse fecisti* — als het bestuur dit doorhaalt, kan het bestuur niet gaan uitsluiten omdat niet is bezorgd wat volgens de doorhaling van het bestuur net niet moest bezorgd worden.
> Het gaat dus niet enkel om een niet-vermelding maar om een expliciete schrapping!!!
> Ten onrechte meent het bestuur dus een afwijzing als onregelmatig te kunnen baseren op een tegenstrijdige bepaling uit het bestek, waar net voorzien wordt in een bepaling als er geen lijst wordt overgemaakt en waar het bestuur met een schrapping van de verplichting om een dergelijke lijst over te maken, toch wel zeer duidelijk had gemaakt dat het niet hoefde en als de lijst niet werd overgemaakt, het laatste beding van artikel 10 van toepassing was. Of van toepassing is".
> De onduidelijkheid in de bepaling van artikel 10 laat de interpretatie die de verzoekende partij hieraan gaf, zeker toe, gelet op de laatste paragraaf en deze doorhaling".

De verzoekende partij merkt nog op dat zij in haar voormelde brief van 18 april 2013 uitdrukkelijk wees op deze klaarblijkelijk tegenstrijdige bepaling.

Zij betoogt voorts dat “het opleggen van de voorwaarde van mededeling van een lijst van maximum drie onderaannemers hoe dan ook een onmogelijke voorwaarde inhoudt, rekening houdende met de aard, de omvang, de planning,... van de werken” en dat “een dergelijke voorwaarde […] overigens geenszins [strookt] met de *ratio legis* van de Europese richtlijnen die erin voorzien dat het beroep doen op onderaannemers niet kan worden verboden, teneinde de mededinging te garanderen. In eenzelfde zin kan het beroep doen op onderaannemers evenmin onevenredig worden beperkt, en wordt het de inschrijvers niet toegelaten in een verder stadium de concurrentie te laten spelen”.

“Gelet op onder meer het feit dat de conformiteit van de onderaannemers bij aanbesteding niet noodzakelijk de conformiteit bij de uitvoering betekent, de onzekerheid dat de aldus (limitatief) vooropgestelde onderaannemers ook effectief -afhankelijk van de eigen planning- de werken zouden kunnen uitvoeren, de grootteorde van het werk, de onderaannemers hoe dan ook op het ogenblik van de uitvoering aan het bestuur ter goedkeuring moeten worden voorgelegd (hetgeen gebruikelijk is)”. kan volgens haar in geen geval worden aangenomen dat in het stadium van de offerte een dermate beperkte lijst van onderaannemers zou worden meegedeeld.

“Omwille van de opening die het bestek zelf liet aan de inschrijvers om al dan niet een dergelijke lijst van onderaannemers voor te leggen, en omwille van deze -ook in het schrijven dd. 18 april 2013 aangehaalde- redenen”, werd volgens haar op het ogenblik van de offerte - terecht - geen lijst van onderaannemers gevoegd. “Voor de goede orde echter, werd ter informatie aan de aanbestedende overheid een lijst bezorgd met de erkende en geregistreerde onderaannemers waarmee de verzoekende partij gebruikelijk werkt”, en een voorbehoud werd gemaakt bij eventuele weigering van haar offerte op basis van deze “onmogelijk te verwezenlijken voorwaarde”.

Voorts werpt zij hieromtrent op dat er “geen enkele tekst of bepaling voorhanden [is], noch in het bestek, noch in de overheidsopdrachten-reglementering, die er (op duidelijke en niet tegenstrijdige wijze) in voorziet dat bij indiening van de offerte een lijst van de onderaannemers moet worden gevoegd, laat staan op straffe van nietigheid” en dat het niet neerleggen van een dergelijke

lijst, samen met de offerte, aldus onmogelijk kan leiden tot het weren van de verzoekende partij.

"Het is naar aanleiding van de uitvoering dat de opdrachtgever de door de aannemer voorgestelde onderaannemer zal aanvaarden of weren, vermits zodoende de mededinging het meest tot zijn recht komt, pas dan de conformiteit kan worden vastgesteld, de mogelijkheid om de opdracht effectief (conform de eigen planning) uit te voeren, alsdan zal de aanbestedende overheid trouwens niet het recht hebben om een, rekening houdend met de aard en de omvang van het in onderaanneming uit te voeren werk, behoorlijk erkende en geregistreerde onderaannemer te weigeren".

Zij benadrukt ten slotte in verband met dit motief nog dat het vanzelfsprekend het bestuur toekomt om -met het oog op een eerlijke mededinging- de inschrijvers van meet af aan een duidelijk inzicht te geven in de voorwaarden en de criteria op grond waarvan de procedure wordt gevoerd, dat het de verwerende partij zeker mogelijk werd gemaakt om de bekwaamheden en de kwaliteiten van de onderaannemers waarmee potentieel zou worden gewerkt, te beoordelen, dat, ondanks de discretionaire bevoegdheid in hoofde van de aanbestedende overheid om in het bestek voorschriften op te nemen waarbij de inschrijvers ertoe worden verplicht welbepaalde stukken bij de offerte te voegen, een overdreven gestrengheid in elk geval dient te worden vermeden, dat voor het opleggen van dergelijke voorschriften in elk geval rechtsgeldige motieven moeten bestaan en dat "[n]og los van de klaarblijkelijk manifeste onduidelijkheden in het bestek zelf, […] deze rechtsgeldige motieven niet voorhanden [zijn], noch in het bestek, noch in de thans bestreden beslissing".

18.2. De verzoekende partij voert vervolgens in wat als een tweede en derde onderdeel van het middel kan worden beschouwd, grieven aan betreffende de ontbrekende "verklaring op eer" en betreffende de problematiek van de prijzen.

Ten slotte betoogt zij dat in dit middel nog dat de motieven waarop de thans bestreden beslissing berust, niet deugdelijk zijn en noch in rechte, noch in feite aanvaardbaar, dat de overheid zich hierbij als een onzorgvuldig bestuur heeft opgesteld en dat alleszins deze motieven niet in redelijkheid kunnen

worden ingeroepen. Er bestaat een manifeste wanverhouding tussen deze motieven en de inhoud van de beslissing.

Beoordeling

19. Artikel 15 van de wet van 24 december 1993 bepaalt dat, indien de aanbestedende overheid beslist de opdracht toe te wijzen, deze bij openbare of beperkte aanbesteding dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

Het eveneens ingeroepen artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt onder meer:

> "§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen".

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

aanbestedende overheid vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. In het ene en het andere geval moet de beoordeling zijn uitgegaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit zorgvuldig onderzoek.

20. Zoals reeds eerder vastgesteld, werd in de bestreden en reeds geciteerde beslissing de offerte van de verzoekende partij om twee redenen substantieel onregelmatig bevonden en bijgevolg geweerd, enerzijds omdat bij de offerte de in het bestek op straffe van nietigheid gevraagde lijst met onderaannemers ontbreekt terwijl de verzoekende partij na een vraag om verduidelijking bevestigde dat zij een beroep zou doen op onderaannemers, en anderzijds omdat de verzoekende partij voor 14 posten in de meetstaat, die samen een belangrijk deel van de waarde van de opdracht vertegenwoordigen, geen eenheidsprijs was opgegeven, waardoor de eenheidsprijzen voor deze posten niet kunnen worden vergeleken met andere inschrijvers en de gelijkheid van de inschrijvers en de vergelijkbaarheid in het gedrang komt.

Zoals blijkt uit die beslissing is de opmerking over het ontbreken van de verklaring op eer geen reden waarom de offerte werd geweerd en is het derde onderdeel van het middel zonder voorwerp.

Op het eerste gezicht dient voorts te moeten worden aangenomen dat elk van de resterende twee motieven op zichzelf voldoende draagkrachtig kunnen zijn om de bestreden beslissing te schragen. De verzoekende partij lijkt overigens niet te betwisten dat zij om elk van die motieven mocht worden geweerd, indien deze motieven in rechte deugdelijk waren. Zij voert echter aan, in dit middel, dat deze motieven in rechte niet deugdelijk zijn en de beslissing niet afdoende gronden. Aldus lijkt zij op het eerste gezicht enkel te beschikken over het rechtens vereiste belang bij dit middel indien zij erin zou slagen aan te tonen dat beide motieven onrechtmatig zijn.

21. De verzoekende partij betoogt in het eerste onderdeel in wezen dat artikel 10 van het bijzonder bestek de voeging van de lijst van onderaannemers niet duidelijk zou verplichten en tegenstrijdig is. Zij beweert voorts dat de

mededeling van de gevraagde lijst van maximaal drie onderaannemers een onmogelijke voorwaarde inhoudt.

22. Voormeld artikel 10 van het bijzonder bestek bepaalt onder meer:

> "De aannemer dient bij de offerte voor ieder deel van de aanneming een lijst van maximaal 3 onderaannemers per deel op te geven.
>
> - Deze lijst dient volgende gegevens voor iedere betrokken onderaannemer te bevatten:
>   - Naam en adres
>   - Bewijs van erkenning en klasse
>
> Het indienen van deze lijst bij de offerte is verplicht op straffe van nietigheid van de offerte. Deze lijst is bindend, de aannemer dient bij een eventuele toewijzing een onderaannemer uit de voorgestelde lijst te kiezen en vast te leggen".

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

Het is mogelijk anders indien de keuze voor die nietigheids-sanctie niet op deugdelijke motieven steunt, hetgeen door de verzoekende partij eventueel kan worden aangetoond.

23. De verzoekende partij betwist niet dat zij bij haar offerte geen lijst van onderaannemers heeft gevoegd, noch het uitgangspunt van de bestreden beslissing dat zij, na een vraag om verduidelijking, op 18 april 2013 bevestigde dat zij gebruik zou maken van onderaannemers. Het ontbreken van die lijst lijkt dan, mede gelet op de geciteerde formulering van het bestek, te dezen een substantiële onregelmatigheid.

24. In de mate dat de verzoekende partij in dit middel opwerpt dat de vereiste deze lijst bij te voegen werd geschrapt in het bijzonder bestek onder “bij de offerte te voegen bescheiden” dient te worden vastgesteld dat de versie van het bestek voorgelegd door de verzoekende partij hier afwijkt van de versie voorgelegd door de verwerende partij en de tussenkomende partij. Hun versie bevat niet de lijnen die de verzoekende partij aanziet als doorhalingen. In de huidige stand van het geding wordt met de verwerende partij en de tussenkomende partij aangenomen dat de lijnen op de versie van dit artikel voorgelegd door de verzoekende partij geen bewuste doorhalingen door de verwerende partij zijn maar veroorzaakt lijken bij het uitprinten van het bestek. Dit lijkt te worden bevestigd door het feit dat deze lijnen soms doorlopen tot in de marge en ook niet steeds de volledige zin betreffen en in de bewuste passage zelfs niet volledig het woord “lijst”omvatten. Dit is ook het geval op andere plaatsen in het door de verzoekende partij voorgelegde versie van het bestek (bv. blz. 9, 17 en 25). Voorts is er het feit dat ook andere, fundamentele passages van het bestek in de door de verzoekende partij voorgelegde versie ervan dergelijke strepen bevatten, bijvoorbeeld waar is aangegeven dat bij de offerte een samenvattende meetstaat, het bewijs van erkenning, de ingevulde tabellen 8.1 en 8.2 uit het veiligheids- en gezondheidsplan, en dergelijke gevoegd moeten worden. Indien deze lijnen in de “bij de offerte te voegen bescheiden” zoals de verzoekende partij beweert bewuste doorhalingen zijn zouden aldus zowat alle daar opgesomde documenten, behoudens één, uitdrukkelijk zijn geschrapt, wat bezwaarlijk aangenomen kan worden.

25. In de mate dat zij voorts aanvoert dat het kwestieuze vereiste tegenstrijdig zou zijn met de laatste alinea van voormeld artikel 10, namelijk “Indien de onderaannemers niet bekend gemaakt zijn bij het indienen van de offerte mag geen onderaannemer op de werf verschijnen, zolang [g]een coördinator-uitvoering aangesteld is conform het KB van 25 januari 2001 op de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen”, toont de verzoekende partij niet *prima facie* aan dat beide bepalingen noodzakelijk tegenstrijdig zijn alleen reeds omdat het eerste vereiste de voorgeschreven inhoud van de offerte betreft en het laatste de uitvoering.

26. Bijgevolg is het bestek om deze redenen en anders dan de verzoekende partij opwerpt evenmin onduidelijk. Deze vaststelling geldt des te meer nu de verzoekende partij omtrent kwestieus vereiste vóór het indienen van de offerte blijkbaar ook nooit vragen heeft gesteld of verduidelijking gevraagd. Dit lijkt des te meer van haar te kunnen worden verwacht nu het in artikel 10 van het bestek gaat om een op straffe van nietigheid voorgeschreven vereiste.

27. In de mate dat de verzoekende partij voorts aanvoert dat het opleggen van de voorwaarde van mededeling van een lijst van maximum drie onderaannemers hoe dan ook een onmogelijke voorwaarde inhoudt, "rekening houdende met de aard, de omvang, de planning, … van de werken", toont zij niet concreet en met de vereiste prima facie ernst aan dat en waarom dit het geval is. Het tegendeel blijkt trouwens veeleer uit het feit dat zes van de inschrijvers blijkbaar wel aan deze voorwaarde konden voldoen door deze lijst bij te voegen of niet te werken met onderaannemers. Anders dan de verzoekende partij meent, lijkt de beperking tot de opgave van maximaal drie onderaannemers ook niet te gelden voor de opdracht in zijn geheel maar per "deel".

In de mate dat zij aanvoert dat dergelijke voorwaarde "overigens geenszins [strookt] met de *ratio legis* van de Europese richtlijnen die erin voorzien dat het beroep op onderaannemers niet kan worden verboden, ten einde de mededinging te garanderen," volstaat de vaststelling dat het bijzonder bestek in artikel 10 onderaanneming niet uitsluit maar enkel vereist dat bij de offerte een lijst van maximaal drie onderaannemers per deel wordt gevoegd. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat "in eenzelfde zin het beroep op onderaannemers evenmin onevenredig [kan] worden beperkt, en wordt het de inschrijvers niet toegelaten in een verder stadium de concurrentie te laten spelen", toont zij niet *prima facie* aan waarom de voormelde beperking tot een lijst van maximum drie onderaannemers, zoals gezegd niet voor de opdracht, maar per deel ervan, "onevenredig" is.

28. Gelet op de bepalingen van het bestek en het *patere legem*-beginsel dat inhoudt dat een overheid de regels moet toepassen die zij zelf heeft vastgesteld, lijkt de offerte van de verzoekende partij bijgevolg aangetast met een substantiële onregelmatigheid doordat de op straffe van nietigheid voorgeschreven

lijst met onderaannemers niet werd bijgevoegd terwijl zij voor de Raad van State niet betwist dat zij, zoals aangenomen in de bestreden beslissing, op een vraag om verduidelijking, bevestigde een beroep te zullen doen op onderaannemers.

29. In de mate dat de verzoekende partij voorts aanvoert dat in de bestreden beslissing niet werd geantwoord op de bezwaren die zij in haar brief van 18 april 2013 formuleerde wat dit artikel 10 betreft, lijkt deze grief de formele motiveringsplicht te betreffen maar toont zij in ieder geval niet aan hoe dit haar belet heeft zich op dit punt in rechte te verweren. Het tegendeel blijkt veeleer uit onderhavig middel. Aldus heeft zij geen belang bij deze grief.

30. Het tweede motief om de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te weren is het niet invullen van eenheidsprijzen voor 14 posten. De rechtmatigheid van dat motief moet niet meer nader worden onderzocht. De verzoekende partij lijkt immers niet te hebben aangetoond dat het eerste motief, betreffende de lijst van onderaannemers, niet rechtmatig was, zodat zij niet heeft kunnen aantonen dat zij geen onregelmatige inschrijver is, noch dat de opdracht aan geen van de andere inschrijvers mocht worden gegund.

Bijgevolg is evenmin de schending aangetoond van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, dat de verplichting inhoudt de opdracht te gunnen aan een inschrijver met een *regelmatige* offerte. Ook is aldus niet aannemelijk gemaakt dat met de bestreden beslissing de verwerende partij zou hebben gehandeld met schending van het zorgvuldigheidsbeginsel of van de materiële-motiveringsverplichting, of dat er “manifeste wanverhouding tussen [de] motieven en de inhoud van de beslissing” zou zijn.

31. Het tweede middel is bijgevolg evenmin ernstig.

VIII. Besluit

32. Geen van beide 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 Strabag Belgium 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 21 november 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**