

Arrest nr. 239.468 van 19 oktober 2017 is gewijzigd door arrest nr. 239.537 van 24 oktober 2017.

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.468 van 19 oktober 2017
in de zaak A. 223.417/XII-8440**

In zake: de NV CONSTRUCTIEWERKHUIZEN DE MEYER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Erika Rentmeesters
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Vijfstraten 57
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 september 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van nv Waterwegen en Zeekanaal, Afdeling Zeeschelde van ongekende datum, om de overheidsopdracht tot het reviseren van een bovenrolwagen van de roldeur op de Zeesluis Wintdam aan te besteden door toepassing van een open aanbesteding voor aanneming van diensten op basis van de Wet van 15/06/2006, en de beslissing van ongekende datum waarbij de offerte van nv Constructiewerkhuisen De Meyer met betrekking tot de overheidsopdracht tot het reviseren van een bovenrolwagen van de roldeur op de Zeesluis Wintdam onregelmatig werd verklaard en de opdracht werd gegund aan nv Demako”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 oktober 2017, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Erika Rentmeesters, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Joris Wouters en Lisa Van Besouw, die verschijnen voor de verwerende partij, 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. De nv Waterwegen en Zeekanaal schrijft als aanbestedende overheid een overheidsopdracht van diensten uit voor het reviseren van een bovenrolwagen van de roldeur op de Zeesluis Wintam bij wijze van open aanbesteding.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 juni 2017.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “16EI/17/51 Open aanbesteding voor aanneming van diensten: reviseren van bovenrolwagen van de roldeur op de sluis te Wintam”.

Inzake de prijsvaststelling wordt in het bestek vermeld:

“ art. 19, §3 Elementen die in de prijzen begrepen zijn
[...]

3. alle lasten die een gevolg zijn van de specifieke richtlijnen en van de te nemen maatregelen die voortvloeien uit de veiligheidscoördinatie-ontwerp en uit de veiligheidscoördinatie verwezenlijking; [...]”

Wat de bij de offerte te voegen documenten betreft, wordt het volgende bepaald:

“Hoofdstuk 6: gunning bij aanbesteding en offerteaanvraag
Artikel 1. Vorm, inhoud en ondertekening van de offerte
[...]

Art. 81 Inhoud van de offerte

Bij het offerteformulier dienen de volgende documenten te worden gevoegd:

[...]

5. Op straffe van absolute nietigheid: het document en de afzonderlijke prijsberekening bedoeld in art. 30, tweede lid, 1° en 2° van het K.B. van 25/01/2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, met name:

- een document dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin de inschrijver beschrijft op welke wijze hij het bouwwerk zal uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan;
- een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen.

[...]

Het bijvoegen van deze documenten is essentieel voor de beoordeling van de offerte.”

Bij het bestek is ook de bijlage “Veiligheidsplan” gevoegd, opgesteld door de veiligheidscoördinator. In dit veiligheids- en gezondheidsplan (VGP) wordt onder de beschrijving van de preventiemaatregelen vermeld:

“5.1. Specifieke preventiemaatregelen

De aannemer omschrijft zijn werkmethode voor onderstaande aandachtspunten in een apart document, rekening houdend met de door de coördinator bepaalde omschrijvingen beschreven in het veiligheidsplan. De kandidaten voegen bij hun offertes een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermings-

maatregelen en -middelen. Het invulformulier, bij te voegen bij de offerte is toegevoegd in hfst. 7.1.

Motivering dat dit document of deze prijsberekening noodzakelijk is opdat de maatregelen bepaald in het veiligheids- en gezondheidsplan daadwerkelijk kunnen worden toegepast:

- De coördinator-ontwerp meent dat nauwkeurige informatie vereist is over de wijze waarop de inschrijvers de werken of sommige gedeelten ervan willen uitvoeren. Deze opdracht houdt specifieke veiligheidsrisico's in waarvoor de preventiemaatregelen niet specifiek genoeg kunnen worden omschreven in het bestek en VGP. Aparte prijsopgave en beschrijving van deze veiligheidsmaatregelen is noodzakelijk opdat deze maatregelen werkelijk worden toegepast en kunnen afgedwongen worden tijdens de uitvoering. Deze beschrijving en prijsopgave is nodig voor de elementen opgenomen in 5.1.1 en 5.1.2 (zie invuldocument hoofdstuk 8.1) teneinde van de inschrijvers nuttige en duidelijke informatie te bekomen."

3.3. Op 18 juli 2017 wordt met betrekking tot de opdracht een tweede aankondiging bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. In de aanvullende inlichtingen van deze aankondiging wordt vermeld:

"Deze bekendmaking betreft een rectificatie van de eerder gepubliceerde opdracht. De rectificatie, evenals de extra ter beschikking gestelde documenten én de nieuwe inventaris, wordt gratis ter beschikking gesteld en is te vinden bij deze aankondiging."

3.4. Op 7 augustus 2017 vindt de openingszitting plaats. Twee inschrijvers dienen een offerte in, namelijk de verzoekende partij, de nv Constructiewerkhuizen De Meyer, en de gekozen inschrijver, de nv Demako.

3.5. Op 10 augustus 2017 maakt de veiligheidscoördinator die de overeenstemming van de offertes met het opgemaakte VGP nagaat, zijn advies over aan de verwerende partij. Daarin wordt opgemerkt:

"Tabel overeenstemming offertes:

aannemer	uitvoeringswijze	prijsberekening	advies
1. Constructiewerkhuizen de Meyer nv - Temse	Beschrijving uitvoeringswijze a.d.h.v. VGP en RA toegevoegd	Geen afzonderlijke prijsberekening	Niet in overeenstemming met het VGP
[...]	[...]	[...]	[...]

Conclusie: wij kunnen enkel positief advies voor de aannemer Demako nv uitbrengen voor met de overeenstemming van deze offertes met het

veiligheidsplan overeenkomstig art. 30 van het KB 'Tijdelijke of Mobiele bouwplaatsen' van 25/01/2001."

3.6. Met een e-mailbericht van 21 augustus 2017 stuurt de verzoekende partij alsnog een detail van de prijsberekening van de veiligheidsmaatregelen aan de verwerende partij.

3.7. Op 22 augustus 2017 maakt de veiligheidscoördinator een nieuw advies over aan de verwerende partij waarbij deze besluit tot een positief advies met betrekking tot de overeenstemming van de beide offertes met het VGP.

3.8. Op 11 september 2017 wordt een gunningsverslag opgesteld. Met betrekking tot het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes wordt vermeld:

"3.1. Formele regelmatigheid

3.1.1. [...]

3.1.2. Volledigheid van de offertes

Alle inschrijvers dienden een offerte in, voorzien van een offerteformulier en een inventaris.

De firma Demako nv voegde alle noodzakelijke documenten zoals gevraagd in de opdrachtdocumenten.

Bij de firma Constructiewerkhuizen De Meyer nv ontbrak de gevraagde afzonderlijke prijsberekening van de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, welke was opgelegd op straffe van absolute nietigheid in het bestek, onder het artikel 81 van het KB Plaatsing, 'Inhoud van de offerte'.

Het ontbreken van de vereiste gegevens leidt tot de onregelmatigheid en de nietigheid van de offerte, zoals verder wordt gemotiveerd onder punt 3.2.5. van dit verslag.

[...]

3.2. Materiële regelmatigheid: inhoudelijke conformiteit van de offertes met de opdrachtdocumenten.

[...]

3.2.5. Veiligheid- en gezondheidsplan

Conform de opdrachtdocumenten dienden de inschrijvers de volgende documenten op straffe van absolute nietigheid bij de offerte te voegen:

'het document en de afzonderlijke prijsberekening bedoeld in art. 30, tweede lid, 1° en 2° van het K.B. van 25/01/2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, met name:

- een document dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin de inschrijver beschrijft op welke wijze hij het bouwwerk zal uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan;

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

Evaluatie :

Op 9 augustus 2017 werd advies gevraagd aan Eveka bvba, Plezantstraat 56 te 9100 Sint-Niklaas, m.b.t. het veiligheids- en gezondheidsplan van de ingediende offertes.

Op 10 augustus 2017 stelde de veiligheidscoördinator dat enkel over Demako NV een positief advies kon worden uitgebracht.

In de offerte van Constructiehuizen De Meyer NV ontbrak het opgelegde document met de gedetailleerde prijsberekening van de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen.

De veiligheidscoördinator adviseert dat de offerte niet in overeenstemming is met het VGP.

De aanbestedende overheid treedt dit advies bij en maakt het zich eigen. De offerte van Constructiehuizen De Meyer NV wordt substantieel onregelmatig bevonden.

De beslissing wordt als volgt gemotiveerd.

In het bestek staat bij artikel 81 van het KB Plaatsing in de opsomming van documenten die bij het offerteformulier dienen te worden gevoegd:

‘Op straffe van absolute nietigheid: het document en de afzonderlijke prijsberekening bedoeld in art. 30, tweede lid, 1° en 2° van het K.B. van 25/01/2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, met name:

- een document dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin de inschrijver beschrijft op welke wijze hij het bouwwerk zal uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan;
- een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen.

(...)

Het bijvoegen van deze documenten is essentieel voor de beoordeling van de offerte’.

Het VGP stelt op blz. 11 omtrent de specifieke preventiemaatregelen:

‘De aannemer omschrijft zijn werkmethode voor onderstaande aandachtspunten in een apart document, rekening houdend met de door de coördinator bepaalde omschrijvingen beschreven in het veiligheidsplan. De kandidaten voegen bij hun offertes een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen. Het invulformulier, bij te voegen bij de offerte is toegevoegd in hst. 7.1.’

Verder wordt gemotiveerd waarom het document of deze prijsberekening noodzakelijk zijn opdat de maatregelen bepaald in het veiligheids- en gezondheidsplan daadwerkelijk kunnen worden toegepast: 'De coördinator-ontwerp meent dat nauwkeurige informatie vereist is over de wijze waarop de inschrijvers de werken of sommige gedeelten ervan willen uitvoeren. Deze opdracht houdt specifieke veiligheidsrisico's in waarvoor de preventiemaatregelen niet specifiek genoeg kunnen worden omschreven in het bestek en VGP. Aparte prijsopgave en beschrijving van deze veiligheidsmaatregelen is noodzakelijk opdat deze maatregelen werkelijk worden toegepast en kunnen afgedwongen worden tijdens de uitvoering. Deze beschrijving en prijsopgave is nodig voor de elementen opgenomen in 5.1.1 en 5.1.2. (zie invuldocument hoofdstuk 8.1) teneinde van de inschrijvers nuttige en duidelijke informatie te bekomen.'

Als bijlage bij het VGP zijn een aantal invulformulieren gevoegd die de inschrijvers konden aanwenden om bij hun offerte te voegen (blz. 25 e.v. VGP.). Daarbij bevindt zich het document 'Prijsberekening veiligheidsmaatregelen' waarin de specifieke veiligheidsmaatregelen zijn opgesomd en waarvoor de inschrijvers de vereiste afzonderlijke prijsberekening dienden in te vullen.

Er wordt vastgesteld dat Constructiehuizen De Meyer NV bij haar offerte geen afzonderlijke prijsberekening heeft gevoegd die de door de veiligheidscoördinator gevraagde informatie bevat. Er is enkel een summier eigen document bijgevoegd waarin staat dat 'de kosten met betrekking tot veiligheid en gezondheid standaard ingerekend zitten in onze eenheidstarieven per uur (werkuren)'.

Een dergelijke algemene vermelding zonder becijfering kan inhoudelijk geenszins gelijk worden gesteld met de uitdrukkelijke vraag van de veiligheidscoördinator om een afzonderlijke prijs te berekenen voor 9 specifieke veiligheidsmaatregelen uit het veiligheidsplan alsook voor de overige veiligheidsmaatregelen en maakt derhalve niet de in art. 30, tweede lid 2° van het K.B. van 25/01/2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen bedoelde afzonderlijke prijsberekening uit.

Uit de bepalingen van de opdrachtdocumenten (de vermelding 'op straffe van absolute nietigheid' en 'het bijvoegen van deze documenten is essentieel voor de beoordeling van de offerte') en in het bijzonder de bepalingen van het VGP, die deel uitmaken van de opdrachtdocumenten, blijkt duidelijk dat de documenten een essentieel karakter hebben, nu ze betrekking hebben op de veiligheid en de na te leven preventiebeginselen ter voorkoming van arbeidsongevallen en andere veiligheids- en gezondheidsrisico's waaraan de werknemers worden blootgesteld.

De afzonderlijke prijsberekening zoals bedoeld in artikel 30, 2e lid, 2° van het KB TMB dient te verzekeren dat de aannemer bij zijn prijsberekening rekening heeft gehouden met de specifieke concrete veiligheidsmaatregelen zoals voorzien in het VGP. Bovendien worden deze elementen

met betrekking tot de prijs als essentieel aanzien. Het bijvoegen van een document met de titel 'prijsberekening', maar met een loutere algemene vermelding dat alles is inbegrepen en zonder enige becijfering van de uitdrukkelijk opgesomde specifieke maatregelen, moet worden aanzien als het niet bijvoegen van de prijsberekening. Immers, zowel indien de prijsberekening ontbreekt, als wanneer de zogenaamde prijsberekening helemaal geen prijsberekening is en totaal niet de gevraagde informatie bevat, wordt de vergelijking van de offertes onmogelijk en wordt de gelijkheid van inschrijvers geschonden.

Alleszins is Waterwegen en Zeekanaal nv als aanbestedende overheid ertoe gehouden naleving te doen van de bepalingen van de opdrachtdocumenten ingevolge het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*. De bepalingen van de opdrachtdocumenten met betrekking tot het voegen van de documenten inzake veiligheid en gezondheid en de gevolgen van het niet voegen, zijn meer dan duidelijk.

De afwijking van essentiële voorschriften in de opdrachtdocumenten maakt, conform artikel 95 § 2 van het KB Plaatsing, dat de offerte is aangetast door een substantiële onregelmatigheid.

Artikel 95 § 4 van datzelfde KB stelt dat een substantieel onregelmatige offerte nietig is.

De aanbestedende overheid stelt vast dat de inschrijver Constructiehuizen De Meyer NV op eigen initiatief, een nieuwe afzonderlijke prijsberekening naar de aanbestedende overheid alsook rechtstreeks naar de veiligheidscoördinator heeft nagestuurd, waarna de veiligheidscoördinator eveneens op eigen initiatief op 22 augustus 2017 een nieuw advies heeft gegeven, dat positief is voor beide inschrijvers, niettegenstaande bij Constructiehuizen De Meyer nv in het overzicht nog steeds staat dat de offerte van Constructiehuizen De Meyer nv niet in overeenstemming is met het VGP. De aanbestedende overheid kan geen rekening houden met de door de inschrijver aan de veiligheidscoördinator nagestuurde informatie, noch met het tweede advies van de veiligheidscoördinator. Zoals hoger gemotiveerd, is de afzonderlijke prijsberekening een essentieel document dat betrekking heeft op de prijsvorming van de offerte en dat volgens het bestek bij de offerte gevoegd diende te zijn. De verplichting tot gelijke behandeling van inschrijvers verhindert dat een substantiële onregelmatigheid nadien wordt geregulariseerd en dat nog documenten worden aanvaard die op straffe van absolute nietigheid bij de offerte moesten gevoegd worden.

De aanbestedende overheid beschikt terzake niet over een discretionaire bevoegdheid en is verplicht de eigen besteksbepalingen na te leven (*patere legem* beginsel) en de offerte die niet voldoet als substantieel onregelmatig te weren.”

3.9. Op 13 september 2017 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Demako.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Voorafgaande opmerking van de verzoekende partij

5.1. De verzoekende partij merkt op dat de verwerende partij niet is willen ingaan op haar verzoek om een kopie te krijgen van de offerte van de gekozen inschrijver. Zij is van mening dat zij hierdoor de regelmatigheid van de offerte van de nv Demako en de beoordeling van diens offerte door de verwerende partij op dit punt niet kan nagaan, bijvoorbeeld of bij de offerte de bewijzen werden gevoegd dat de personen die de offerte ondertekenen statutair of bij volmacht bevoegd zijn om het bedrijf geldig in en buiten rechte te vertegenwoordigen.

Bespreking

5.2. In de mate dat er hier al sprake is van een ontvankelijke kritiek – de verzoekende partij formuleert het enigszins vrijblijvend – merkt de Raad op dat de verzoekende partij niet duidelijk een verzoek tot opheffing van de door de verwerende partij als vertrouwelijk neergelegde offerte van de gekozen inschrijver formuleert.

Voorts lijkt uit deze offerte te mogen worden afgeleid dat ze werd ondertekend door de statutair bevoegde en door de organen van de gekozen inschrijver als bevoegd aangewezen vertegenwoordiger.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 127 en 131 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘Plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017), van de materiële motiveringsplicht en van de beginselen van behoorlijk bestuur, onder andere het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij voert in essentie aan dat de verwerende partij in de voorliggende gunningsprocedure ten onrechte toepassing heeft gemaakt van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten van werken, leveringen en diensten’ (hierna: wat van 15 juni 2006) en de daarmee samenhangende uitvoeringsbesluiten, waaronder het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit van 15 juli 2011), terwijl te dezen echter toepassing diende te worden gemaakt van de nieuwe wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en het nieuwe uitvoeringsbesluit, namelijk het koninklijk besluit van 18 april 2017.

De kwestieuze opdracht werd immers, zo vervolgt de verzoekende partij, twee keer bekendgemaakt. De eerste bekendmaking gebeurde op 17 juni 2017, dit is vóór de inwerkingtreding van de nieuwe overheidsopdrachtenwetgeving, de tweede op 22 juli 2017, dit is na de inwerkingtreding van de nieuwe overheidsopdrachtenwetgeving. De nieuwe wet overheidsopdrachten en het koninklijk besluit van 18 april 2017 zijn in werking getreden op 30 juni 2017.

De verwerende partij gaat volgens de verzoekende partij ten onrechte uit van de eerste bekendmaking van de opdracht om te bepalen welke wetgeving van toepassing is, nu zij de tweede aankondiging ten onrechte louter als een rectificatie beschouwt. De tweede aankondiging is echter een volledige nieuwe aankondiging en daarom is de nieuwe regelgeving van toepassing. De verwerende partij heeft hier echter de vervangen regelgeving toegepast. Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij bijgevolg haar volledige aanbestedingsprocedure, en vooral de beslissing om de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te weren, gegrond op een foutieve rechtsgrond. Volgens de verzoekende partij leidt dit ertoe dat de gehele gunningsprocedure onwettig is, alsook de beslissing om haar offerte als onregelmatig te weren.

Beoordeling

6.2. Uit de bestreden beslissing lijkt te moeten worden afgeleid dat de offerte van de verzoekende partij op de eerste plaats is geweerd wegens schending van een besteksbepaling, namelijk artikel 81, waarin de sanctie van de

“absolute nietigheid” is voorgeschreven. De verwijzing in de bestreden beslissing naar artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 lijkt niet noodzakelijk om de bestreden beslissing te dragen, hoogstens lijkt het een nadere toelichting omtrent de aard van de sanctie bij het niet in acht nemen van artikel 81.

Voorts mag worden opgemerkt dat in artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, voor de huidige zaak relevante, gelijkaardige bepalingen zijn opgenomen als die in artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Zo wordt in artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, vermeld dat “de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten” een onregelmatigheid is die “als substantieel [wordt] beschouwd”.

Op het eerste gezicht zou een verwijzing naar de “verkeerde” regelgeving op dit punt dan ook niet noodzakelijkerwijze de rechtsgrond van de bestreden beslissing aantasten aangezien eenzelfde rechtsgrond in de nieuwe regelgeving van toepassing lijkt.

In de mate dat de verzoekende partij dan weer de zaak ruimer stelt en opwerpt dat door de toepassing van de verwerende partij van de “oude” regelgeving de volledige gunningsprocedure is aangetast in zijn rechtsgrond, laat de verzoekende partij na voldoende concreet te maken hoe die vaststelling haar belang dient.

Het middel is niet ontvankelijk, minstens niet ernstig.

C. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006, van artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, van artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’ (hierna: koninklijk besluit van 25 januari 2001), van de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de

motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies', van de materiële motiveringsplicht en van de beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel.

Op de eerste plaats betwist de verzoekende partij het motief in de bestreden beslissing dat het door haar aan de initiële offerte toegevoegde formulier niet zou volstaan om tegemoet te komen aan de eisen van het bestek en artikel 30, tweede lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001. Zij betwist dat uit haar offerte niet zou kunnen worden afgeleid dat zij effectief alle maatregelen, bepaald in het VGP, kan toepassen. Zij heeft immers in een formulier opgegeven welke maatregelen worden getroffen en zij heeft een zeer uitgebreide risicoanalyse toegevoegd; ten slotte heeft zij formeel bevestigd dat alles uitgevoerd zal worden zoals vereist. Zij heeft ook uitdrukkelijk gesteld dat de kostprijs voor de maatregelen verrekend was in haar eenheidsprijzen. Deze werkwijze zou haar niet ten kwade kunnen worden geduid aangezien in de meetstaat nergens in een afzonderlijke post werd voorzien voor de maatregelen inzake het VGP en het bestek in artikel 19, § 3, bovendien voorschrijft dat de kosten voor deze maatregelen in de prijzen dienden te zijn begrepen. In het verleden heeft de verzoekende partij nooit opmerkingen gehad over deze werkwijze.

Daarnaast meent de verzoekende partij dat, zelfs indien de prijsberekening volgens het bestek al op straffe van absolute nietigheid bij de offerte diende te worden gevoegd, dit de verwerende partij er nog niet toe verplicht om de offerte in ieder geval te weren als onregelmatig. Het al dan niet essentieel karakter van een afwijking van de besteksbepalingen is immers casuïstisch en dient steeds in het licht van de concrete omstandigheden te worden beoordeeld. Er is hier geen sprake van een afwijking van een essentiële bepaling inzake de prijs zoals verkeerdelijk in de gunningsbeslissing wordt gesteld. De verzoekende partij voorziet immers wel degelijk in een prijs, deze is inbegrepen in de door haar in haar offerte vermelde eenheidsprijzen. Bovendien heeft deze problematiek geen enkele invloed op de inschrijvingsprijs, zijnde het enige gunningscriterium. De vergelijkbaarheid van de offertes is dan ook nooit in het gedrang gekomen. De verzoekende partij is ook van oordeel dat het stellen van de eis van het bijvoegen van de afzonderlijke prijsberekening op straffe van absolute nietigheid, dan ook

getuigt van een overdreven formalisme. Dit geldt des te meer, zo vervolgt de verzoekende partij, nu zij aan het vereiste heeft kunnen voldoen zonder dat hierdoor haar offerte werd gewijzigd. Bij het vaststellen van een onregelmatigheid belet niets de aanbestedende overheid dat zij toelaat dat een ontbrekend element aan de offerte wordt toegevoegd, zolang de offerte niet wordt gewijzigd en de gelijkheid, de evenredigheid en de zorgvuldigheid worden gerespecteerd. De verzoekende partij ziet niet in hoe te dezen door de latere aanvulling van de afzonderlijke prijsberekening de offerte zou zijn gewijzigd. De kostprijs van de offerte is immers dezelfde gebleven.

Beoordeling

7.2.1. De verzoekende partij formuleert haar kritiek aan de hand van de door de verwerende partij toegepaste regelgeving. Op het eerste gezicht lijkt deze kritiek evenzeer te kunnen worden gevormd aan de hand van de “nieuwe” regelgeving zoals sub randnummer 6.2., derde en vierde alinea, opgemerkt.

7.2.2. Voorts herhaalt de Raad – zie randnummer 6.2., tweede alinea – dat de offerte van de verzoekende partij in de eerste plaats is geweerd om reden dat artikel 81 van het bestek, dat als sanctie voorziet in substantiële onregelmatigheid, is geschonden. De kritiek op die sanctie mag dan ook worden beschouwd als bestekskritiek.

7.2.3. De verzoekende partij betwist niet dat zij geen afzonderlijke prijsberekening inzake het VGP initieel heeft ingediend bij haar offerte, zoals het bestek nochtans voorschrijft, laat staan dat zij dit deed bij het door het VGP voorgeschreven formulier.

De verwerende partij lijkt dan ook niet zo maar te kunnen worden verweten artikel 81 met de daar voorziene sanctie te hebben toegepast, onder meer gelet op het *patere legem*-beginsel en op artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

7.2.4. Het gegeven dat de verzoekende partij bij haar offerte wel een document heeft gevoegd waarin zij bevestigt dat in de vooropgestelde preventie-maatregelen en -middelen is voorzien en dat de prijs hiervoor standaard is gerekend in de eenheidstarieven, lijkt hieraan niets af te doen. Immers, het louter stellen dat de prijzen inbegrepen zijn in de eenheidsprijzen, kan op het eerste gezicht niet worden gelijkgesteld met de gevraagde afzonderlijke prijsberekening. Ook het gegeven dat de verzoekende partij wel een document bijvoegt waarin een uitgebreide risicoanalyse wordt weergegeven en de maatregelen worden vermeld die zouden worden genomen, doet niets af aan het ontbreken van een gedetailleerde prijsberekening voor deze maatregelen.

Voorts doet de in het bestek – artikel 19, § 3 – opgenomen wijze van prijsvaststelling, waarbij wordt bepaald dat onder meer de lasten die een gevolg zijn van de specifieke richtlijnen en van de te nemen maatregelen die voortvloeien uit het VGP in de prijzen inbegrepen dienen te zijn, niets af aan de duidelijke en uitdrukkelijke bepaling dat daarnaast bij de offerte een afzonderlijke prijsberekening van de veiligheidsmaatregelen diende te worden gevoegd. Het vereiste van het bijvoegen van een afzonderlijke prijsberekening voor de veiligheidsmaatregelen is ook niet onbestaanbaar met het vereiste dat deze prijzen inbegrepen dienen te zijn in de totale offerteprijs. De gedetailleerde prijsberekening voor de veiligheidsmaatregelen is geen afzonderlijke post in de samenvattende inventaris, maar betreft een autonoom document op grond waarvan de aanbestedende overheid onderzoekt met welke kost de aannemer tijdens zijn prijscalculatie rekening heeft gehouden voor de veiligheidsmaatregelen en -middelen.

7.2.5. Het ontbreken van een afzonderlijke prijsberekening, vooral het feit dat de verzoekende partij in het geheel geen prijs hiervoor heeft gegeven, noch een bepaalde prijs, noch een percentage, leidt er toe dat de verwerende partij bij de opening van de offertes geen zicht had op de ernst van de door de verzoekende partij voorgenomen maatregelen inzake het VGP. Dit ontbreken leidt er echter ook toe dat een essentieel element in het berekenen van de totaalprijs die de verzoekende partij biedt, ontbreekt, hetgeen een onzeker element lijkt te zijn wat in de voorliggende gunningsprocedure onaanvaardbaar lijkt. Een herstellen van dit laatste manco door een inschrijver lijkt problematisch vanuit het oogpunt van de

gelijkheid onder de inschrijvers. Zeker dit laatste element lijkt afdoende om hier de sanctie van substantiële onregelmatigheid te verantwoorden aangezien er wel een invloed lijkt te zijn op de inschrijvingsprijs.

7.2.6. Het feit dat de handelwijze van de verzoekende partij in het verleden probleemloos was, lijkt, los van de niet evidente vergelijkbaarheid van de aangebrachte casussen, niet te impliceren dat de verwerende partij hier onwettig mocht optreden.

7.2.7. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

De kosten met inbegrip van de niet-betwiste rechtsplegingsvergoeding dienen ten laste van de verzoekende partij te worden gelegd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 oktober 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 239.537 van 24 oktober 2017

in de zaak A. 223.417/XII-8440

In zake: de NV CONSTRUCTIEWERKHUIZEN DE MEYER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Erika Rentmeesters
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Vijfstraten 57
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 september 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van nv Waterwegen en Zeekanaal, Afdeling Zeeschelde van ongekende datum, om de overheidsopdracht tot het reviseren van een bovenrolwagen van de roldeur op de Zeesluis Wintdam aan te besteden door toepassing van een open aanbesteding voor aanneming van diensten op basis van de Wet van 15/06/2006, en de beslissing van ongekende datum waarbij de offerte van nv Constructiewerkhuisen De Meyer met betrekking tot de overheidsopdracht tot het reviseren van een bovenrolwagen van de roldeur op de Zeesluis Wintdam onregelmatig werd verklaard en de opdracht werd gegund aan nv Demako”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 239.468 van 19 oktober 2017 is de vordering verworpen.

In titel “VI. Besluit” en het dictum van het arrest is een materiële vergissing begaan. Die vergissing wordt rechtgezet zoals gesteld in het hiernavolgend gedeelte.

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.

BESLISSING

In het arrest nr. 239.468 van 19 oktober 2017 wordt de tweede paragraaf van titel “VI. Besluit” vervangen door “Het is passend, gelet op het verdere procedureverloop, de kosten van de vordering in beraad te houden.” en wordt artikel 2 en de nummering van het dictum geschrapt.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 oktober 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra