

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 240.255 van 21 december 2017

in de zaak A. 223.860/XII-8470

In zake: de NV DEKEMPENEER H.F.W
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ulrich Caeyman
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Parklaan 32
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ZAVENTEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 november 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 30 oktober 2017 om de offerte van de nv Dekempeneer, ingediend in het kader van overheidsopdracht 3P ID:1093, als onregelmatig te weren en de opdracht te gunnen aan de nv Viabuild.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 december 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rikkert Schoofs, die *loco* advocaat Ulrich Caeyman verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Ann-Sofie Custers en Stéphanie Taelemans, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 beslist om een overheidsopdracht uit te schrijven voor een aanneming van werken met als voorwerp “Sint-Stevens-Woluwe – Wegenis- en rioleringswerken in de Eversestraat”.

De totale kostprijs van de werken wordt geraamd op 2.511.000 euro.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 juli 2017.

3.3. Het bijzonder bestek met referentienummer 317207 is van toepassing op deze opdracht.

Bij het bestek is een veiligheids- en gezondheidsplan (VGP) gevoegd, opgesteld door de veiligheidscoördinator, de vzw IBEVE. Bij het VGP is een invuldocument gevoegd in overeenstemming met artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’. Er wordt op twee verschillende plaatsen in het VGP (bladzijden 2 en 49) vereist dat de

inschrijvers dit document invullen en terugbezorgen door het bij hun offerte te voegen. Voorts wordt er in het VGP vermeld:

“Bij de beoordeling van de documenten die de inschrijver bij zijn offerte heeft toegevoegd laat de coördinator ontwerp zich leiden door de richtlijnen zoals die staan beschreven in de Omzendbrief. – Overheidsopdrachten. – Tijdelijke of mobiele bouwplaatsen. – Veiligheids- en gezondheidsplan. – Praktische richtlijnen met betrekking tot de documenten die in toepassing van artikel 30, tweede lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen bij de offerte moeten worden gevoegd (BS 27.12.2007).”

3.4. De uiterste datum voor het indienen van offertes is 11 september 2017. Er worden twee offertes ingediend: enerzijds, door de nv Dekempeneer H.F.W. voor een prijs van 2.538.799,54 euro, btw inbegrepen en, anderzijds, door de nv Viabuild voor een prijs van 2.639.137,44 euro, btw inbegrepen.

3.5. Bij de offerte van de verzoekende partij is het voormelde invuldocument gevoegd, dat door haar slechts als volgt werd ingevuld [vette druk]:

“

Graafwerken op een diepte tot 4m50	
Beschrijving van de gekozen werkwijze / arbeidsmiddelen	
Welke algemene (beschoeiings-) techniek zal worden toegepast? & Welke techniek zal worden toegepast om het probleem van het plaatsen van sleuvenbak of beschoeiing type Krings bv t.h.v. dwarsende en of langslopende leidingen op te lossen?	
zie bijlage * risico analyse * specifieke veiligheidsmaatregelen	
Bijzondere risico's	Voorgestelde preventiemaatregelen
Inkalven sleuf – bedelving van personen * zie risico analyse * specifieke veiligheidsmaatregelen	
Risico's eigen aan de gekozen werkwijze / arbeidsmiddelen:	

Prijs voor preventiemaatregelen	€

”.

3.6. Op 5 oktober 2017 stelt de veiligheidscoördinator een evaluatieverslag op wat de overeenstemming betreft van de offertes met het VGP.

Inzake de offerte van de verzoekende partij besluit de veiligheidscoördinator dat het invuldocument geen antwoord biedt op de vragen die werden gesteld en dit essentiële elementen betreft.

3.7. Op 20 oktober 2017 wordt een “aanbestedingsverslag” opgesteld. In dit verslag wordt het evaluatieverslag van de veiligheidscoördinator geciteerd en wordt voorgesteld om de verzoekende partij te weren, wegens niet-conformiteit met de besteksbepalingen. Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Viabuild.

3.8. Op 30 oktober 2017 beslist het college van burgemeester en schepenen, met citaat uit het evaluatieverslag van de veiligheidscoördinator en het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de nv Viabuild en de offerte van de verzoekende partij te weren.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Met een aangetekende brief van 9 november 2017 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van de gunningsbeslissing van 30 oktober 2017 en van de motieven voor het onregelmatig verklaren van haar offerte.

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’ (hierna: de wet van 17 juni 2013) 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.

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

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. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het eerste middel de schending aan van “de artikelen 4sexies, 11 en 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, van

de motiveringsplicht, zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en artikelen 4 en 5 van de wet betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies, alsook de manifeste beoordelingsfout”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de bestreden beslissing is gemotiveerd met een verwijzing naar een advies van de veiligheidscoördinator omtrent de conformiteit van het document 30,1° KB TMB, die zelf niet afdoende gemotiveerd is;
Terwijl de verwijzing in de motivering naar een advies slechts afdoende kan zijn indien dit advies zelf afdoende gemotiveerd is;
En terwijl de veiligheidscoördinator zich manifest vergist, nu het document 30,1° KB TMB wel degelijk conform is;
Zodat de beslissing tot het weren van de offerte van verzoekende partij niet afdoende gemotiveerd is.”

In de toelichting bij het middel doet de verzoekende partij gelden dat de veiligheidscoördinator zich vergist omdat er wel degelijk wordt geantwoord op de vragen. Zij verwijst naar haar eigen risicoanalyse, waaruit zij als volgt citeert:

“Beschoeiingen aanbrengen die voldoende hoog zijn
* stabiele grond: altijd bij sleuven > 1,2m
* onstabiele grond: altijd voor sleuven < 1,2m diep
In onstabiele grond mag de beschoeiing vervangen worden door een uitgraving in talud, op voorwaarde dat het graafoppervlak breed genoeg is
Breng voldoende stempels aan (minstens boven en onder)
Slechts een beperkt aantal sleuven tegelijk uitgraven
Sleuven zo vlug mogelijk dichten
Trillingen vermijden
Te veel druk op de rand van de sleuven vermijden door geen materiaal of materieel aan de rand van de sleuf te stapelen
Verkeer, trillende machines, opslag van materiaal en materieel vermijden of afstand houden.”

Daarnaast verwijst de verzoekende partij naar de specifieke veiligheidsmaatregelen, op de bladzijden 87-93 van haar stuk 6a, zijnde haar offerte. Daarin wordt volgens de verzoekende partij “bovendien nog verduidelijkt dat de aannemer steeds zal werken conform het lastenboek waarin de sleuven na

elke dagtaak steeds volledig zullen worden opgevuld, dan wel volledig worden afgezet met veiligheidshekken. Ook tijdens de dagtaak worden sleuven afgezet met ‘geel-blauwe borden type Brussels Gewest of oranje werfnetten.’”

De verzoekende partij verkiest naar eigen zeggen “dus de techniek van het stempelen in combinatie met damplanken (conform het bestek, zie p. 112) om de horizontale krachten op te nemen van sleuf (als alternatief voor de sleufbak) in geval van dwarsende leidingen.”

Zij wijst erop dat deze antwoorden inhoudelijk overeenstemmen met de antwoorden van de nv Viabuild, die volgens de veiligheidscoördinator wel zouden volstaan.

Voorts betoogt de verzoekende partij dat de veiligheidscoördinator in zijn verslag geenszins motiveert waarom het invuldocument niet in overeenstemming zou zijn met het VGP. Noch wordt er toegelicht waarom de elementen die ontbreken essentiële elementen zouden zijn. Nu de gunningsbeslissing verwijst naar het niet afdoende gemotiveerd evaluatieverslag van de veiligheidscoördinator, is de gunningsbeslissing zelf niet afdoende gemotiveerd.

Beoordeling

6. Overeenkomstig 4^{sexies}, 5°, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’ (hierna: het koninklijk besluit van 25 januari 2001), adviseert de coördinator-ontwerp bij bouwwerken met een totale oppervlakte kleiner dan 500 m² zijn opdrachtgever inzake de overeenstemming van het document gevoegd bij de offertes, bedoeld in artikel 30, tweede lid, 1°, met het veiligheids- en gezondheidsplan en stelt hem in kennis van eventuele niet-overeenstemmingen. Hetzelfde wordt bepaald in artikel 11, 4°, van dit koninklijk besluit, voor de bouwwerken met een totale oppervlakte gelijk aan of groter dan 500 m².

Artikel 30, eerste en tweede lid, van dit koninklijk besluit luiden:

“Art. 30. 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;

3° de coördinator-ontwerp zijn taak, bedoeld in de artikelen 4sexies, 5°, en 11, 4°, kan volbrengen.”

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen te vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, en die motivering moet “afdoende” zijn.

De artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 voorzien daarnaast in een bijzondere formelemotiveringsplicht wat beslissingen betreft, genomen in het kader van de gunning van overheidsopdrachten.

7. De verzoekende partij doet in het eerste middel in essentie gelden dat het advies van de veiligheidscoördinator niet afdoende gemotiveerd is.

Dit advies, waar de bestreden beslissing uitdrukkelijk naar verwijst, luidt, wat het te dezen relevante deel ervan betreft, als volgt:

“Het invuldocument van Ibeve vzw mbt art. 30 werd toegevoegd.

Hierin wordt verwezen naar de eigen algemene risicoanalyse en het document ‘specifieke veiligheidsmaatregelen’.

De eigen toegevoegde documenten bieden echter geen antwoord op de vragen die werden gesteld in het invuldocument van Ibeve vzw.

Het betreft essentiële elementen die ontbreken.”

Er dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij bij het invullen van het betrokken document slechts twee van de vier vereiste velden heeft ingevuld en dan nog telkens met een verwijzing naar een “bijlage” die dan een 80-tal bladzijden aan risico-analyse en veiligheidsmaatregelen blijkt te bevatten, echter niet concreet naar de in het geding zijnde opdracht toegeschreven.

De verzoekende partij kan dan ook niet worden bijgevalen in haar feitelijke vertrekpunt, in zoverre zij doet gelden dat de veiligheidscöördinator zich vergist en dat er wel degelijk werd geantwoord op de vragen. Dat is reeds op het eerste gezicht niet het geval. Met de thans voor het eerst in de procedure voor de Raad van State *post factum* bijgebrachte meer nauwkeurige verwijzing naar specifieke passages uit de voornoemde bijlage mag *prima facie* geen rekening worden gehouden. Van een inschrijver op een overheidsopdracht mag immers worden verwacht, zo lijkt het, dat hij bij het invullen van het offerteformulier en bijlagen nauwkeurig te werk gaat en, indien hij verkiest om zelf met bijlagen te werken, reeds van bij het begin accuraat verwijst naar de juiste vindplaats van uitdrukkelijk door de aanbestedende overheid opgevraagde informatie. Een inschrijver die dat niet doet, lijkt alleszins de aanbestedende overheid niet te mogen verwijten dat zij niet zelf uit een vloed aan papier een eigenhandig antwoord op haar vragen afleidt, met het risico bovendien dat dit antwoord zou kunnen indruisen tegen de bedoelingen van de betrokken inschrijver.

De verwijzing van de verzoekende partij naar de antwoorden van de nv Viabuild op het invuldocument lijkt niet dienstig. Deze inschrijver lijkt immers wel degelijk op het invuldocument zelf zijn antwoorden te hebben aangebracht, dit zelfs met een illustratie en bovendien met de gevraagde afzonderlijke prijsopgave voor de preventiemaatregelen. Niets van dit alles blijkt reeds op het eerste gezicht het geval te zijn bij de verzoekende partij.

8. Aldus is niet aangetoond dat het evaluatieverslag van de veiligheidscöördinator niet afdoende zou zijn gemotiveerd en aldus niet aan de

genoemde motiveringsverplichtingen zou hebben voldaan. Deze vaststelling geldt evenzeer voor de bestreden beslissing die zich op dat verslag steunt.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het tweede middel de schending aan van “artikel 66 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, samen gelezen met het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij acht deze bepaling en beginselen geschonden:

“Doordat verwerende partij de hoogst gerangschikte inschrijver weert, louter en alleen op grond van het niet bindende advies van de veiligheidscoördinator, die oordeelt dat er niet zou zijn geantwoord op de vragen die werden gesteld in het document 30,1° KB TMB;

Terwijl artikel 66 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten aan de aanbestedende overheid de mogelijkheid biedt om bijkomende informatie en verduidelijkingen te vragen aan de inschrijvers indien er leemten of onduidelijkheden zijn;

En terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel de overheid verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van haar beslissingen en om er voor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden;

Zodat ook om deze reden ten onrechte is beslist tot wering van de offerte van verzoekende partij.”

De verzoekende partij geeft onder meer de volgende toelichting bij het middel:

“Daar uit het advies van de veiligheidscoördinator geenszins blijkt waarom er niet werd geantwoord op de vragen die werden gesteld in het document 30,1° KB TMB én het bovendien geheel onduidelijk de (beweerde essentiële) elementen zouden zijn die ontbreken, is de aanbestedende overheid ertoe gehouden dit aspect nader te onderzoeken.

Door dit niet te doen heeft verwerende partij de op haar rustende zorgvuldigheidsplicht geschonden.

Minstens dient te worden geoordeeld dat, zelfs indien er nog enige onduidelijkheid zou zijn geweest na zorgvuldig onderzoek van het dossier, verwerende partij desgevallend het redelijkheidsbeginsel heeft geschonden door in deze omstandigheden geen gebruik te maken van haar mogelijkheid om verzoekende partij te vragen om de door haar aangebrachte informatie omtrent de werkwijze te verduidelijken of te vervolledigen.

Geconfronteerd met een prijsverschil van bijna € 100.000, zou iedere redelijke aanbesteden[de] overheid toepassing hebben gemaakt van deze mogelijkheid. De beslissing om dit niet te doen, is manifest onredelijk.”

Beoordeling

10. Artikel 66, § 3, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016) luidt als volgt:

“§ 3. Onverminderd artikel 39, § 6, tweede lid, kan de aanbestedende overheid, wanneer de door de kandidaat of inschrijver in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken kandidaat of inschrijver verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte.”

11. In dit middel doet de verzoekende partij in essentie gelden dat, nu het advies van de veiligheidscoördinator onvoldoende duidelijk was, op de aanbestedende overheid de plicht rustte om verduidelijking te vragen aan de verzoekende partij betreffende de gegevens die volgens dit advies ontbraken in haar antwoorden.

Bij het onderzoek en de bespreking van het eerste middel werd evenwel reeds vastgesteld dat de verzoekende partij niet met de rechtens vereiste ernst aantoont dat het evaluatieverslag van de veiligheidscoördinator niet afdoende gemotiveerd zou zijn, en dus niet duidelijk.

Het uitgangspunt van het tweede middel faalt dan ook op het eerste gezicht. Aldus lijkt het niet dat er voor de verwerende partij te dezen een aanleiding, laat staan een verplichting, was om het door de verzoekende partij bedoelde nader onderzoek te verrichten en om verduidelijking te vragen.

12. Ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat de mogelijkheid aan de aanbestedende overheid geboden door het hiervoor aangehaalde artikel 66 van de wet van 17 juni 2016 om verduidelijking aan de inschrijvers te vragen, in beginsel geen verplichting daartoe omvat.

13. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het derde middel de schending aan van “artikel 83 van wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten [juncto] artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren”.

Zij acht deze bepalingen geschonden:

“Doordat de bestreden beslissing de offerte van verzoeker weert omdat er essentiële elementen zouden ontbreken in het invuldocument artikel 30, 1° KB TMB;

Terwijl de aanbestedende overheid een inschrijver desgevallend slechts kan weren wanneer diens offerte is behept met een substantiële onregelmatigheid;

En terwijl nergens uit het dossier blijkt dat het onvolledig / onduidelijk antwoorden op de vragen die werden gesteld in het invuldocument inzake het veiligheids- en gezondheidsplan, een substantiële onregelmatigheid zouden uitmaken;

Zodat er ten onrechte is beslist tot wering van de offerte van verzoekende partij.”

De verzoekende partij geeft voorts onder meer de volgende toelichting bij het middel:

“In de mate er al niet, onvoldoende of onduidelijk zou zijn geantwoord op de vragen gesteld in het invulblad artikel 30, 1° en er dus elementen zouden ontbreken, zoals de veiligheidscoördinator beweert, staat vast dat dit de offerte niet substantieel onregelmatig maakt.

De veiligheidscoördinator stelt dat de beweerde ontbrekende elementen ‘essentiële elementen’ zouden zijn. Evenwel kan nergens in de opdrachtdocumenten worden teruggevonden dat de antwoorden op de gestelde vragen als ‘essentieel’ of ‘substantieel’ zouden zijn aangemerkt. Mocht er al sprake zijn van een onregelmatigheid, betreft dit een niet-substantiële onregelmatigheid.

Een niet-substantiële onregelmatigheid kan conform de nieuwe regelgeving geen aanleiding geven tot de nietigheid van de offerte, tenzij zij van dien aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken. Dit is niet het geval *in casu*. De offerte van verzoekende partij is niet behept met een onregelmatigheid, minstens niet met een substantiële onregelmatigheid.

De offerte is ook om deze reden ten onrechte geweerd.”

Beoordeling

15. Overeenkomstig artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 onderzoekt de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes. Artikel 76, §§ 1 tot en met 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘Plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing) bepalen het volgende omtrent dat regelmatigheidsonderzoek:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn.

De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn.

Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;

2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, eerste lid, 54, § 2, 55, 83 en 92 van dit besluit en in artikel 14 van de wet, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.

§ 2. De offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, wordt niet nietig verklaard.

§ 3. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.”

16. In het middel doet de verzoekende partij in essentie gelden dat haar offerte ten onrechte als substantieel onregelmatig werd geweerd. Volgens haar geven haar antwoorden op het invuldocument – in zoverre ze al gebrekkig en ontbrekend zouden zijn – in elk geval slechts aanleiding tot een niet-substantiële onregelmatigheid, die niet de nietigheid van de offerte tot gevolg heeft.

Dit standpunt wordt niet bijgevalen.

Luidens de door het VGP van toepassing verklaarde voormelde omzendbrief van 18 december 2007 - randnummer 3.1.1.1.b) -, is een offerte waarin het document in de zin van artikel 30, tweede lid, 1° en 2°, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ontbreekt of op essentiële punten onvolledig is, substantieel onregelmatig. Aldus lijkt deze regel te moeten worden beschouwd als deel uitmakend van de opdrachtdocumenten, en aanleiding te kunnen geven tot toepassing van het hiervoor aangehaalde artikel 76,§1, vierde lid, 3°.

17. Ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat de vragen in het invuldocument betrekking lijken te hebben op onder andere wat door de veiligheidscoördinator kennelijk als een “bijkomende verzwarende factor” wordt aangemerkt in het VGP, namelijk “graafwerken op grote diepte: tot 4,50 meter”. Het volledig ingevuld zijn van dit document lijkt dan ook een rol te kunnen spelen bij de beoordeling en de vergelijking van de offertes.

Aldus lijkt de door de veiligheidscoördinator vastgestelde tekortkoming op het eerste gezicht betrekking te hebben op een gebrek in de offerte van de verzoekende partij dat van aard is, in de bewoordingen van het voormelde artikel 76, §1, derde lid, “de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken”, te dezen de door de aanbestedende overheid gestelde veiligheids- en gezondheidsvoorwaarden. Ook in die zin lijkt de verwerende partij niet ten onrechte te hebben besloten dat het wel degelijk om een substantiële onregelmatigheid gaat.

18. Ook het derde middel is niet ernstig.

VI. Besluit en kosten.

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

20. Het is passend, gelet op het eveneens ingestelde beroep tot nietigverklaring en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 december 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest