

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 241.584 van 24 mei 2018
in de zaak A. 225.058/XII-8537**

In zake: de NV DEMA KO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven De Coster
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Amerikalei 31
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VLAAMSE WATERWEG
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 25 april 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van n.v. De Vlaamse Waterweg [...] inzake de opdracht AAS/17/019 — Grote sluis Duffel: vernieuwen van de mechanica, waarbij de offerte van de n.v. Demako onregelmatig bestempeld werd en geweerd werd”.

De verzoekende partij vraagt tevens de Raad van State “te bevelen aan de n.v. De Vlaamse Waterweg dat de tenuitvoerlegging van [de] bestreden beslissing op geen enkele wijze mag plaatsvinden zolang er [...] geen uitspraak is gedaan over het beroep tot nietigverklaring”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 mei 2018, om 11.30 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Steven De Coster, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Joris Wouters en Lisa Van Besouw, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 van publiek recht de Vlaamse Waterweg schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp het vernieuwen van de mechanische onderdelen van de Grote Sluis Duffel.

De opdracht wordt geplaatst bij wijze van een openbare procedure.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 januari 2018. Een terechtwijzend bericht, waarbij het bestek en

het bijgevoegde Veiligheids- en Gezondheidsplan nog wordt gewijzigd wat de preventiemaatregelen betreft, wordt bekendgemaakt op 6 februari 2018.

3.3. Het bijzonder bestek met nr. AAS-17-019 vermeldt dat de economisch meest voordelige offerte wordt vastgesteld op basis van de prijs.

In het bestek wordt ook de aandacht van de inschrijvers gevestigd op het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’. Het bestek bepaalt in dit verband onder meer het volgende:

“Het veiligheids- en gezondheidsplan [...] is bij het bestek gevoegd [...]. De inschrijver wordt erop gewezen dat hij verplicht is te voldoen aan de voorwaarden van dit plan. Voor de kosten voor de bijkomende uitrusting en/of werken die geëist worden in het V&G-plan is hieronder een post voorzien. De kostprijsberekening en andere gegevens die gevraagd worden in het plan moeten bij de inschrijving gevoegd worden.”

Voorts bevat het bestek de volgende bepaling:

“Art. 78. Inhoud van de offerte

Een regelmatige inschrijving omvat volgende onderdelen:
[...]

- Bijlage 5: Veiligheid en gezondheid

De inschrijvers voegen bij hun inschrijving de volgende documenten:

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

De bij het bestek gevoegde bijlage “Veiligheids- en gezondheidsplan”, vermeldt voorts onder punt 5.1 “Specifieke preventiemaatregelen”.

Bij het Veiligheids- en gezondheidsplan is een invulformulier gevoegd inzake de gevraagde afzonderlijke prijsberekening van de veiligheidsmaatregelen.

3.4. Er worden drie offertes ingediend.

3.5. Op 22 februari 2018 maakt de veiligheidscoördinator die de overeenstemming van de offertes met het opgemaakte veiligheids- en gezondheidsplan nagaat, zijn advies over aan de verwerende partij. Daarin wordt een positief advies uitgebracht over de overeenstemming van alle ingediende offertes met het veiligheids- en gezondheidsplan, met uitzondering van de offerte van de verzoekende partij. Verduidelijkt wordt dat door deze inschrijver een afzonderlijke prijsberekening voor 300,00 euro was vermeld maar niet voor de punten die de veiligheidscoördinator had opgegeven.

3.6. Op 2 maart 2018 maakt de veiligheidscoördinator een nieuw advies over aan de verwerende partij waarbij deze nu besluit tot een positief advies met betrekking tot de overeenstemming van de offerte van de verzoekende partij met het veiligheids- en gezondheidsplan op grond van de volgende toelichting: “Afzonderlijke prijsberekening voor 300;- EUR”.

3.7. Gelet op de twee volgens haar tegenstrijdige adviezen, verzoekt de verwerende partij met een e-mailbericht van 7 maart 2018 de veiligheidscoördinator nog om een definitief en onderbouwd standpunt in te nemen ten aanzien van de door de verzoekende partij gevoegde documenten inzake veiligheid en gezondheid, waarop door de veiligheidscoördinator niet meer schriftelijk wordt geantwoord.

3.8. In het gunningsverslag van 27 maart 2018 wordt de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaard om de volgende redenen :

“3. Regelmatigheid van de ingediende offertes

3.4. Veiligheids- en gezondheidsplan

De aanbestedende overheid ging na of de inschrijvers de vereiste documenten in het kader van de Welzijnswet en het KB Tijdelijke of Mobiele Bouwplaatsen (KB TMB) bij hun offerte hebben gevoegd, rekening houdend met het Veiligheids- en gezondheidsplan (VGP) dat deel uitmaakt van de opdrachtdocumenten.

Op 21/02/2018 werd advies gevraagd aan Eveka bvba m.b.t. het veiligheids- en gezondheidsplan van de ingediende offertes.

Op 22/02/2018 verstrekte Eveka bvba aan de aanbestedende overheid een positief advies over de overeenstemming van alle ingediende offertes met het veiligheid- en gezondheidsplan, met uitzondering van de offerte van Demako. Eveka bvba verduidelijkte dat door Demako een afzonderlijke prijsberekening voor 300,00 EUR was opgegeven maar niet voor de punten die zij had opgegeven.

Op 02/03/2018 zou Eveka bvba een tweede advies verstrekken waaruit blijkt dat ook voor inschrijver Demako plots een positief advies wordt gegeven. De toelichting die daarbij door Eveka bvba wordt gegeven luidt (uitsluitend) als volgt: ‘afzonderlijke prijsberekening voor 300;- EUR’.

De tegenstrijdige verklaringen van Eveka bvba hebben aanleiding gegeven tot bijkomend onderzoek. Na dit onderzoek moet besloten worden dat de offerte van Demako geweerd moet worden als substantieel onregelmatig. Deze beslissing wordt als volgt gemotiveerd:

Het bestek verwijst meermaals naar het VGP dat is opgesteld door Eveka bvba. Zo wordt op pagina 12 van het bestek gestipuleerd dat de inschrijver erop wordt gewezen dat hij verplicht is te voldoen aan de voorwaarden van dit plan. Tevens is op pagina 12 van het bestek bepaald dat de kostprijsberekening en de andere gegevens die gevraagd worden in het plan bij de inschrijving moeten worden gevoegd.

Op pagina 28 van het bestek onder titel ‘Art. 78 Inhoud van de offerte’ is voorgeschreven dat de inschrijvers bij hun offerte volgende documenten moeten voegen:

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

Het VGP vanwege veiligheidscoördinator Eveka bvba was bij het bestek gevoegd. Het VGP bepaalt op pagina 15 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 eveneens op pagina 15 van het VGP gemotiveerd waarom de gevraagde afzonderlijke 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.’

Het VGP bevat vervolgens een omschrijving van de specifieke preventiemaatregelen.

Verder zijn als bijlage bij het VGP [...] een aantal invulformulieren gevoegd die de inschrijvers dienden te gebruiken om bij hun offerte te voegen (pagina 31 e.v. VGP). Daarbij bevindt zich het document ‘Prijsberekening veiligheidsmaatregelen’ waarin de specifieke veiligheidsmaatregelen uit het veiligheidsplan (een 14-tal) zijn opgesomd en waarvoor de inschrijvers de vereiste afzonderlijke prijsberekening dienden in te vullen. Per specifieke veiligheidsmaatregel kon een prijs worden ingevuld.

Er is vastgesteld dat Demako weliswaar het document ‘Prijsberekening veiligheidsmaatregelen’ bij haar offerte heeft gevoegd doch dat zij hierin geen concrete prijzen heeft ingevuld. Zij maakt louter melding van ‘0€’ bij elke specifieke veiligheidsmaatregel om zo tot een totaal te komen van ‘0€’. Dit kan geenszins gezien worden als het vereiste antwoord op de uitdrukkelijke vraag van het bestek en het VGP om een afzonderlijke prijs te berekenen voor de 14 in het VGP opgesomde specifieke veiligheidsmaatregelen. Besloten moet worden dat het door Demako verstrekte document 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 uitmaakt. Van enige prijsberekening is geen sprake en enige concrete nuttige cijfermatige informatie wordt niet gegeven. Hierdoor wordt de vergelijking van de offertes onmogelijk en wordt de gelijkheid van inschrijvers geschonden

Uit de bepalingen het VGP, die deel uitmaken van de opdrachtdocumenten, blijkt duidelijk dat de documenten (waaronder de afzonderlijke prijsberekening) 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. De afzonderlijke prijsberekening

voor de preventiemaatregelen is nodig voor de beoordeling van de offerte aangezien ze bepalend is voor de ernst van het engagement van de inschrijver inzake de preventiemaatregelen en voor de voorgestelde prijs. Bovendien worden deze elementen met betrekking tot de prijs als essentieel aanzien.

Het louter bijvoegen van een document met de titel ‘prijsberekening veiligheidsmaatregelen’ doch zonder daarop enige concrete prijs in te vullen, 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.

Overeenkomstig artikel 76 § 1 van het KB Plaatsing van 18 april 2017 is de offerte van Demako substantieel onregelmatig. De beoordeling van de offerte van Demako of de vergelijking ervan met de andere offertes wordt verhinderd nu geen afzonderlijke prijsberekening is opgesteld.

Het feit dat Demako nog melding maakt van ‘onvoorziene veiligheidsmaatregelen’ en daarvoor een bedrag aanbiedt van 300,00 EUR, doet aan bovenstaande geen afbreuk. Dit bedrag van 300,00 EUR kan niet betrokken worden op de in het VGP genoemde specifieke veiligheidsmaatregelen en de specifieke posten die zijn opgenomen in het document ‘Prijsberekening veiligheidsmaatregelen’ dat is gevoegd bij het VGP. Anders dan Eveka bvba in haar schrijven van 02/03/2018 vermeldt, kan het bedrag van 300,00 EUR niet aanzien worden als de bedoelde en gevraagde afzonderlijke prijsberekening die betrekking heeft op de opgesomde specifieke veiligheidsmaatregelen. Dit blijkt geenszins uit het door Demako voorgebrachte document.

Ook het feit dat op pagina 12 van het bestek is gesteld dat voor de kosten voor de bijkomende uitrusting en/of werken die geëist worden in het V&G-plan een post is voorzien in de meetstaat, doet aan bovenstaande geen afbreuk. Deze zin heeft uitsluitend betrekking op de eveneens op pagina 12 van het bestek opgesomde werken, te weten: werken in besloten ruimtes, werken aan het water/op hoogte en milieuverontreiniging. Uit deze zin kan alleszins niet worden afgeleid dat de inschrijvers die bij het VGP gevoegde afzonderlijke prijsberekening niet moesten invullen en enkel de post die is opgenomen in de meetstaat (de post ‘kosten voor V&G’), zouden moeten invullen. Het bestek vervolgt immers onmiddellijk dat de kostprijsberekening en andere gegevens die gevraagd worden in het plan bij de inschrijving gevoegd moeten worden. Dit wordt verder bevestigd op pagina 28 van het bestek aangaande de verplichte inhoud van de offerte waarbij onder meer wordt gesteld dat een afzonderlijke prijsberekening moet worden gevoegd. Deze verplichting wordt herhaald in het VGP zelf (zie pagina 33 van dit VGP). Er kan derhalve niet voorgehouden worden dat de afzonderlijke prijsberekening zoals gevoegd bij het VGP, plots overbodig zou zijn.

Ten overvloede wordt opgemerkt dat - in zoverre het door Demako voorgebrachte document wel aanzien zou kunnen worden als een afzonderlijke prijsberekening- met de door Demako opgegeven prijzen van

‘0€’ geen rekening kan gehouden worden. Deze zijn manifest ontoereikend om tegemoet te komen aan de vooropgestelde specifieke veiligheidsmaatregelen. Het loutere feit dat in het VGP uitdrukkelijk is gesteld dat een afzonderlijke prijsberekening noodzakelijk is, bevestigt dat deze prijsberekening essentieel is en dat realistische prijzen moeten geboden worden en dat niet met nulprijzen kan worden volstaan. Uit het feit dat Demako prijzen biedt van ‘0€’ blijkt daarentegen dat deze inschrijver geen rekening heeft gehouden met de vooropgestelde veiligheidsmaatregelen. Ook in die omstandigheden is de offerte van Demako substantieel onregelmatig.

Met schrijven van 07/03/2018 werd aan Eveka bvba nog verzocht om een definitief standpunt in te nemen ten aanzien van de door Demako gevoegde documenten inzake veiligheid en gezondheid en werd melding gemaakt van de taak van Eveka bvba om te adviseren over de overeenstemming van de door de inschrijvers ingediende prijsberekening met de inhoud van het VGP. Eveka bvba heeft hierop niet verder schriftelijk gereageerd. Eveka bvba heeft in ieder geval nergens gesteld dat de door Demako geboden nulprijzen haar in de mogelijkheid stellen om de door Eveka bvba vooropgestelde specifieke veiligheidsmaatregelen uit te voeren. Zoals hierboven reeds toegelicht, is dit vanzelfsprekend niet mogelijk. De offerte van Demako voldoet niet op het vlak van de documenten inzake veiligheid en gezondheid en is substantieel onregelmatig.

3.5. Algemene conclusie voor de regelmatigheid

De volgende offerte wordt substantieel onregelmatig verklaard:

Naam inschrijver	Reden
Demako	De offerte van Demako voldoet niet op het vlak van de documenten inzake veiligheid en gezondheid.

[...].”

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de nv Constructiewerkhuizen De Meyer.

3.9. In de gemotiveerde gunningsbeslissing van 5 april 2018 wordt de motivering en het besluit van het bovenvermelde gunningsverslag, dat als bijlage bij de beslissing is gevoegd, geheel onderschreven, en wordt beslist om de opdracht te gunnen aan de nv Constructiewerkhuizen De Meyer.

3.10. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht, verzonden op 10 april 2018, wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte onregelmatig werd bevonden en geweerd. Als bijlage wordt een uittreksel van het gunningsverslag gevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering – nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

4.1. In de nota werpt de verwerende partij op dat de verzoekende partij enkel de beslissing aanvecht waarbij haar offerte als onregelmatig wordt verworpen, maar dat van de beslissing tot gunning van de opdracht aan een andere inschrijver geen schorsing en/of vernietiging wordt gevorderd, zodat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar vordering en de vordering bijgevolg onontvankelijk is.

4.2. Ter terechtzitting breidt de verzoekende partij het voorwerp van haar vordering uit tot de haar intussen door middel van de nota en het administratief dossier ter kennis gekomen gunningsbeslissing.

4.3. Gelet op de concrete omstandigheden van de zaak waaruit onder meer blijkt dat de verzoekende partij met de kennisgeving van 10 april 2018 door de verwerende partij enkel in kennis werd gesteld van de wering van haar offerte, wordt naast deze wering ook de gunningsbeslissing in het voorwerp van de vordering opgenomen.

4.4. De exceptie wordt verworpen.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Het eerste middel, dat in drie onderdelen wordt opgesplitst, is genomen uit de schending van de artikelen 8, § 1, 9/1, §§ 1 en 2 en/of 29, § 1, 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), van de artikelen 2, 1° tot 5°, 3 en 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheids-

opdrachten' (hierna: overheidsopdrachtenwet 2016), van artikel 3 van de wet van 29 juni 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen' (hierna: formelemotiveringswet), en van het motiveringsbeginsel.

7. In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat zij ten onrechte geen uittreksel uit de gemotiveerde beslissing heeft gekregen, maar enkel een uittreksel uit het gunningsverslag. Het is volgens haar dan ook onmogelijk om te weten of dit verslag wel degelijk overeenstemt met de beslissing, temeer daar het ook onduidelijk is wie dit verslag heeft opgemaakt, wie dit heeft ondertekend (en of hij gemachtigd is) ... Dit betekent volgens haar ook dat evenmin kan worden nagegaan of dit uittreksel afkomstig is van de aanbesteder in de zin van artikel 2, 1° tot 5°, overheidsopdrachtenwet 2016, aangezien dit uittreksel anoniem en niet ondertekend is noch voor echt werd gewaarmerkt. Daarenboven is het uittreksel volgens haar zeer chaotisch wat zeker niet beantwoordt aan een transparante behandeling van de verzoekende partij noch op een afdoende en pertinente motivering. Daarbij komt volgens haar nog dat dit verslag zou dateren van 21 februari 2018, wat ook al niet kan kloppen aangezien er blijkbaar nog sprake is van standpunten, briefwisseling, enzovoorts van na 21 februari 2018.

8. In een tweede onderdeel voert zij aan dat geen enkel van de drie in artikel 8, § 1, tweede lid, rechtsbeschermingswet vermelde voorschriften in de kennisgeving werd gerespecteerd.

9. In een derde onderdeel wordt nog een schending aangevoerd van artikel 9/1, §§ 1 en 2, rechtsbeschermingswet, *juncto* artikel 29, § 1, van dezelfde wet, overeenkomstig welke bepalingen ook indien het zou gaan om een opdracht die het vastgestelde bedrag voor een Europese bekendmaking niet bereikt, de aanbestedende overheid de in artikel 7, 8 en 9 bedoelde mededelingen onmiddellijk per fax, per e-mailbericht of via de elektronische platformen bedoeld in artikel 14, § 7, overheidsopdrachtenwet 2016 doet en dat ze onder meer minstens een uitdrukkelijke vermelding van de artikelen 14 en 15 rechtsbeschermingswet moet opnemen. Ook dit is volgens de verzoekende partij allemaal niet gebeurd.

Beoordeling

10. In de mate dat in het eerste middelonderdeel een schending van 8, § 1, eerste lid, 2°, rechtsbeschermingswet wordt opgeworpen, hetgeen de kennisgeving van de bestreden beslissing betreft, moet worden vastgesteld dat de verwerende partij er op het eerste gezicht overeenkomstig deze bepaling slechts toe gehouden is om 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 mee te delen, aan welke bepaling de verwerende partij te dezen lijkt te hebben voldaan nu uit het administratief dossier blijkt dat de motieven voor de bestreden onregelmatigverklaring van de offerte in elk geval reeds bij de kennisgeving aan de verzoekende partij werden meegedeeld en dat de gunningsbeslissing zelf geen nieuwe of andere motieven bevat, doch slechts de motivering en het besluit van het gunningsverslag geheel onderschrijft en aangeeft dat het gunningsverslag er integraal deel van uitmaakt.

Ook de argumentatie van de verzoekende partij dat de verwerende partij zou hebben gehandeld in strijd met de aangehaalde bepalingen van de overheidsopdrachtenwet 2016 omdat het voor haar onduidelijk is wie het gunningsverslag heeft opgemaakt, wie dit heeft ondertekend en of dit uittreksel afkomstig is van de aanbesteder in de zin van artikel 2, 1° tot 5°, overheidsopdrachtenwet 2016, lijkt niet te kunnen worden gevolgd nu artikel 8, § 1, eerste lid, 2°, rechtsbeschermingswet slechts voorziet in de kennisgeving van de motieven voor de wering in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing.

In de mate dat de verzoekende partij daarnaast in het kader van het eerste middelonderdeel tevens een gebrek aan afdoende en pertinente motivering aanvoert, waarvoor zij wijst op een zeer chaotisch gunningsverslag, lijkt dit op het eerste gezicht louter een gevolg te zijn van de voormelde kennisgeving onder de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing. Bovendien lijken de door de verzoekende partij aangevoerde ongerijmdheden uit het gunningsverslag geen grondslag te vinden in het administratief dossier, dat het

integrale gunningsverslag bevat.

Hoewel het gunningsverslag op de eerste bladzijde als datum 21 februari 2018 vermeldt, bevat de laatste, ondertekende bladzijde, ervan duidelijk 27 maart 2018 als datum. De eerst vermelde datum lijkt dan ook slechts een verschrijving te betreffen. Voorts blijkt het derde hoofdstuk “regelmatigheid van de ingediende offertes”, vijf onderdelen te bevatten, waarvan enkel het vierde onderdeel inzake het “veiligheids-en gezondheidsplan” en het laatste onderdeel inzake de “Algemene conclusie voor de regelmatigheid” aan de verzoekende partij als uittreksel blijken te zijn meegedeeld. Wel blijkt subtitel “3.5. Algemene conclusie voor de regelmatigheid”, in het aan de verzoekende partij meegedeelde uittreksel verkeerdelijk hernummerd te zijn als “2.1.”. Dergelijk gebrek in de kennisgeving lijkt de rechtmatigheid van de bestreden beslissing op zich evenwel niet te kunnen aantasten.

11. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

12. Ook wat de in het tweede middelonderdeel aangevoerde schending van artikel 8, § 1, tweede lid, rechtsbeschermingswet betreft, moet worden vastgesteld dat een mogelijk gebrek in de kennisgeving wat de in dit lid bepaalde mededelingen betreft, de rechtmatigheid van de bestreden beslissing op zich niet lijkt te kunnen aantasten.

13. Het tweede middelonderdeel is niet ernstig.

14. Hetzelfde geldt wat betreft de in het derde middelonderdeel aangevoerde schending van artikel 9/1, §§ 1 en 2, rechtsbeschermingswet, *juncto* artikel 29, § 1, van dezelfde wet. Ook deze bepalingen hebben uitsluitend betrekking op de kennisgeving/informatie aan de inschrijvers en lijken de rechtmatigheid van de bestreden beslissing op zich niet aan te tasten.

Het ontbreken van de in deze bepaling vereiste gegevens in de mededeling heeft, luidens artikel 9, § 2, tweede lid, van de voormelde wet, slechts tot gevolg dat de in artikel 23, § 2, bedoelde termijn voor het instellen van een annulatieberoep pas aanvangt vier maanden nadat de gemotiveerde beslissing is meegedeeld.

Overigens blijkt uit de stukken van het administratief dossier dat de kennisgeving eveneens per e-mailbericht werd verricht en dat ook de verhaaltermijn en de verhaalinstantie uitdrukkelijk in de kennisgeving werden vermeld.

15. Het derde middelonderdeel is niet ernstig.

16. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede en derde middel

Uiteenzetting van het tweede en het derde middel

17. In een tweede middel, dat in vier onderdelen wordt opgesplitst, voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 3, 4 en 83 overheidsopdrachtenwet 2016, van artikel 76, §§1, 2 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van het bestek AAS-17-019, van de artikelen 2 en 3 formelemotiveringswet en van het motiveringsbeginsel.

18. In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij heeft nagelaten om in de bestreden beslissing en/of de kennisgeving ervan te verduidelijken of het gaat om een substantiële dan wel om een niet-substantiële onregelmatigheid. De verwijzing in de kennisgeving naar het gunningsverslag dat wordt toegevoegd en de vermelding in dit gunningsverslag dat het gaat om een substantiële onregelmatigheid, verhelpt volgens de verzoekende

partij deze klaarblijkelijke onregelmatigheid niet, nu het volgens haar niet gaat om een uittreksel uit de bestreden gunningsbeslissing zelf, maar om een niet-ondertekend en chaotisch uittreksel uit een gunningsverslag.

19. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij, “ondergeschikt”, aan dat de motivering dat het hier zou gaan om een substantiële onregelmatigheid in strijd is met artikel 76, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017 en tegelijkertijd een schending inhoudt van de artikelen 2 en 3 formelemotiveringswet en van het motiveringsbeginsel. In tegenstelling tot wat het gunningsverslag suggereert, staat nergens in de aangehaalde passages in de opdrachtdocumenten dat de aparte prijsopgave een minimale eis is en een vereiste die als substantieel wordt aangemerkt, zodat de gesuggereerde toepassing van punt 3° van de definitie vervat in het voormelde artikel 76, § 1, helemaal niet aan de orde is. De conclusie die de auteur van het gunningsverslag hieruit trekt, is volgens haar een poging om achteraf iets te lezen in de opdrachtdocumenten wat er niet staat, in de hoop zo te vallen onder het begrip “substantiële onregelmatigheid”.

Verder heeft het invullen van deze aparte prijsberekening zoals de verzoekende partij dit heeft gedaan helemaal niet tot gevolg dat dit aan haar een discriminerend voordeel zou hebben geboden, dat dit tot concurrentievervalsing zou geleid hebben, dat hierdoor de beoordeling van haar offerte of de vergelijking ervan met andere offertes zou zijn verhinderd, of haar verbintenis onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker zou hebben gemaakt. Dit wordt overigens nergens beweerd in de bestreden beslissing, althans niet in de kennisgeving, en eigenlijk evenmin in het bijgevoegde uittreksel uit het gunningsverslag.

De verzoekende partij wijst er ook op dat volgens het bestek wordt gevraagd dat de totaliteit van de afzonderlijke prijsberekening geïncorporeerd wordt in de totale inschrijvingsprijs, zodat de inschrijvingsprijzen van de drie inschrijvers perfect vergelijkbaar waren, zij helemaal geen discriminerend voordeel heeft gehad, er geen concurrentievervalsing was ... temeer

daar uit haar inschrijving en uit de door haar bijgevoegde, ingevulde documenten in het kader van de wet van 4 augustus 1996 ‘betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk’ (hierna: welzijnswet) en het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’ (hierna: koninklijk besluit tijdelijke of mobiele bouwplaatsen), duidelijk is dat zij alle veiligheids- en gezondheidsmaatregelen perfect zou gaan naleven. De bewering in het gunningsverslag dat de vergelijking met de andere offertes zou worden verhinderd, is volgens haar dan ook volstrekt onjuist.

20. In een derde onderdeel van het middel voert de verzoekende partij, “nog meer ondergeschikt”, aan dat het achteraf betitelen als essentieel van een aparte prijsberekening voor de veiligheids- en gezondheidsmaatregelen, zoals gebeurt in het uittreksel uit het gunningsverslag, in strijd is met het bestek waarin uitdrukkelijk wordt vermeld dat het gunningscriterium voor deze opdracht wordt vastgesteld op grond van de prijs. Mede bij gebrek aan onderscheid is het volgens haar duidelijk dat het hier enkel gaat om de totale inschrijvingsprijs en dat het thans tevens vereisen dat ook de omvang van een afzonderlijke prijs voor de veiligheids- en gezondheidsmaatregelen een essentieel element voor de beoordeling zou zijn, in strijd is met deze bestekbepaling.

21. In een vierde en laatste onderdeel van het middel werpt de verzoekende partij, “meest ondergeschikt”, nog op dat hoe dan ook de sanctie conform artikel 76, § 3, koninklijk besluit plaatsing 2017 erin bestaat dat de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig verklaart, terwijl in de kennisgeving en het gunningsverslag slechts wordt gesteld dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig wordt bevonden en wordt geweerd, maar niet dat de verwerende partij de offerte nietig zou hebben verklaard.

22. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 3 en 4 overheidsopdrachtenwet 2016, van het bestek AAS-17-019, van de artikelen 2 en 3 formelemotiveringswet en van het motiveringsbeginsel.

De verzoekende partij merkt op dat zij de beide door het bestek vereiste documenten volledig ingevuld en correct bij haar inschrijving heeft gevoegd. Het enige wat klaarblijkelijk wordt betwist door de verwerende partij is dat het invullen van het bedrag van “0 EUR” bij de meeste posten in het tweede document niet kan worden beschouwd als een prijsopgave of prijsberekening zoals gevraagd.

De verzoekende partij betoogt dat zij, die naar eigen zeggen altijd werkt conform de wet en het hierop gesteunde veiligheids- en gezondheidsplan, nooit een prijs of kosten rekent voor het respecteren van de hieruit voortvloeiende veiligheidsmaatregelen, zodat de opgave van het bedrag van 0 euro per post voor deze posten terecht is en wel degelijk te beschouwen is als een rechtsgeldige prijsberekening per post.

Dit geldt des te meer nu, zoals in het vierde middel wordt uitgewerkt, de veiligheidsmaatregelen reeds inbegrepen zijn in de verschillende posten van het bestek voor het werk, zodat indien een inschrijver hier een extra bedrag zou voorzien dit dubbel gebruik zou uitmaken met de prijsopgaven voor de werken zelf en aanleiding zou geven tot concurrentievervalsing.

Beoordeling

23. In een eerste onderdeel van het tweede middel betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij heeft nagelaten om in de bestreden beslissing en/of de kennisgeving ervan te verduidelijken of het gaat om een substantiële dan wel om een niet-substantiële onregelmatigheid.

24. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 formelemotiveringswet, 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 verwerpen met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Een motivering door verwijzing naar andere stukken is een afdoende motivering indien de inhoud van het stuk waarnaar wordt verwezen aan de bestuurde ter kennis is gebracht, dit stuk zelf afdoende gemotiveerd is, de daarin vervatte voorstellen of adviezen in de uiteindelijke beslissing worden bijgevalen, en er geen tegenstrijdige adviezen zijn.

25. Uit het gunningsverslag, waar de bestreden beslissing naar verwijst, blijkt te dezen afdoende duidelijk dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig wordt verklaard. De inhoud van het gunningsverslag waarnaar wordt verwezen, werd aan de verzoekende partij ter kennis gebracht en het daarin vervatte voorstel werd uitdrukkelijk bijgevalen in de uiteindelijke beslissing.

26. Het eerste onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

27. In een tweede onderdeel van het tweede middel voert de verzoekende partij, “ondergeschikt”, aan dat de motivering dat het hier zou gaan om een substantiële onregelmatigheid in strijd is met artikel 76, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017 en tegelijkertijd een schending inhoudt van de artikel 2 en 3 formelemotiveringswet en van het motiveringsbeginsel.

In het derde middel betoogt de verzoekende partij in essentie dat de opgave van het bedrag van 0 euro per post voor deze posten terecht is en wel degelijk te beschouwen is als een rechtsgeldige prijsberekening per post.

Het past om het tweede onderdeel van het tweede middel en het derde middel samen te beoordelen.

28. De motivering van de bestreden beslissing is weergegeven in het gunningsverslag dat aan de verzoekende partij met een op 10 april 2018 ter post

aangetekende brief is betekend.

29. In de mate dat de schending van de formelemotiveringsplicht wordt aangevoerd, toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan waarom de meegedeelde motieven haar niet in staat stelden terdege te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen de bestreden beslissing tot onregelmatigverklaring van haar offerte. Het tegendeel blijkt veeleer uit het tweede middelonderdeel van het tweede middel en het derde middel waarin de verzoekende partij de voormelde motivering betwist. Aldus lijkt op dat punt voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

30. Artikel 76, §§ 1 tot en met 3, koninklijk besluit plaatsing 2017, bepaalt omtrent het regelmatigheidsonderzoek wat volgt:

“§ 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.”

31. Overeenkomstig de hierboven onder het feitenrelaas reeds aangehaalde bepalingen van het bestek en het bijgevoegde veiligheids- en gezondheidsplan waren de inschrijvers verplicht om een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen, bij hun offerte te voegen.

Het voorhanden zijn van een afzonderlijke post in de meetstaat voor de kosten voor bijkomende uitrusting en/of werken die worden geëist in het veiligheids-en gezondheidsplan, lijkt op het eerste gezicht geen afbreuk te doen aan voormelde verplichting.

Te dezen blijkt dat de verzoekende partij weliswaar het invulformulier “Prijsberekening veiligheidsmaatregelen” bij haar offerte heeft gevoegd, doch dat zij hierin, in tegenstelling tot de overige twee inschrijvers, geen concrete prijzen heeft ingevuld voor de specifieke veiligheidsmaatregelen uit het veiligheidsplan. Zij maakt bij elke opgesomde specifieke veiligheidsmaatregel uit het veiligheidsplan louter melding van “0€” om zo tot een totaal te komen van “0€”.

In de mate dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift een aantal illustraties aanvoert van het feit dat het invullen van een nulprijs voor een aantal specifieke veiligheidsmaatregelen wel een geldige prijsberekening zou zijn, valt op te merken dat, naast de vaststelling dat deze verantwoordingen geenszins blijken uit haar offerte, dit alleszins ook geen verantwoording blijkt te zijn voor de opgave van nulprijzen voor al de opgesomde specifieke veiligheidsmaatregelen en aldus het volledig ontbreken van een prijsberekening voor de specifieke veiligheidsmaatregelen uit het veiligheidsplan.

Ook de opgave door de verzoekende partij van een bedrag van “300€” in dit document bij de “Overige veiligheidsmaatregelen” voor zogenaamde onvoorziene veiligheidsmaatregelen lijkt niet als een afzonderlijke prijsberekening

te kunnen worden beschouwd voor de specifieke veiligheidsmaatregelen uit het veiligheidsplan, nu dit bedrag niet op de opgesomde specifieke veiligheidsmaatregelen uit het veiligheidsplan lijkt te kunnen worden betrokken, zoals de verzoekende partij ook zelf lijkt te erkennen in haar verzoekschrift.

Aldus lijkt de offerte van de verzoekende partij niet te voldoen aan de bestekeis om een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen op te geven.

32. In het tweede middelonderdeel doet de verzoekende partij ook gelden dat haar offerte ten onrechte als substantieel onregelmatig werd geweerd omdat het bestek de aparte prijsopgave nergens als een minimale eis of als een substantiële vereiste zou hebben aangemerkt, zodat de verwerende partij geen toepassing kon maken van artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, koninklijk besluit plaatsing 2017.

Op het eerste gezicht blijkt uit het gunningsverslag, waar de bestreden beslissing op steunt, echter dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig wordt verklaard overeenkomstig artikel 76, § 1, derde lid, koninklijk besluit plaatsing 2017 omdat ingevolge het ontbreken van de gevraagde prijsberekening volgens de verwerende partij de vergelijking van de offertes onmogelijk wordt.

Het gegeven dat de totaliteit van de afzonderlijke prijsberekening geïncorporeerd diende te worden in de totale inschrijvingsprijs zoals de verzoekende partij aanvoert, lijkt hieraan niets af te doen. Immers, het louter stellen dat de prijzen inbegrepen zijn in de eenheidsprijzen – om welke reden door de verzoekende partij nulprijzen zouden zijn opgegeven in het invulformulier voor de specifieke veiligheidsmaatregelen – kan op het eerste gezicht niet worden gelijkgesteld met de gevraagde afzonderlijke prijsberekening.

Ook het gegeven dat uit de inschrijving van de verzoekende partij en de door haar bijgevoegde, ingevulde, documenten zou blijken dat zij alle veiligheids- en gezondheidsmaatregelen perfect zou gaan naleven, doet niets af aan het ontbreken van een gedetailleerde prijsberekening voor deze maatregelen.

Voorts doet de keuze in het bestek voor de prijs als enig gunningscriterium, niets af aan de duidelijke en uitdrukkelijke bepaling dat daarnaast bij de offerte een afzonderlijke prijsberekening van de veiligheidsmaatregelen diende te worden gevoegd. De gedetailleerde prijsberekening voor de veiligheidsmaatregelen 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.

Het ontbreken van een afzonderlijke prijsberekening, vooral het feit dat de verzoekende partij in het geheel geen prijs heeft opgegeven voor de specifieke veiligheidsmaatregelen, 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 veiligheids- en gezondheidsplan. Deze afzonderlijke kostprijsberekening is immers noodzakelijk om de prijzen van de inschrijvers te kunnen vergelijken en raakt – vermits zij betrekking heeft op de prijs – in beginsel aan essentiële bestekvoorwaarden. Aangezien de verwerende partij aldus geen kennis had van de kosten die de verzoekende partij in rekening brengt voor de verschillende veiligheidsmaatregelen, tast dit op het eerste gezicht wel degelijk de vergelijkbaarheid van de offertes aan.

De verwerende partij lijkt hier voorts ook terecht te verwijzen naar de omzendbrief van 18 december 2007 ‘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’.

Terecht lijkt de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij om die reden substantieel onregelmatig te hebben verklaard.

33. Het tweede middelonderdeel van het tweede middel en het derde middel zijn dan ook niet ernstig.

34. In een derde onderdeel van het tweede middel voert de verzoekende partij, “nog meer ondergeschikt”, aan dat het achteraf betitelen als essentieel van een aparte prijsberekening voor de veiligheids- en gezondheidsmaatregelen, in strijd is met het bestek waarin uitdrukkelijk wordt vermeld dat “het gunningscriterium voor deze opdracht werd vastgesteld op basis van de prijs”.

Dit middelonderdeel miskent op het eerste gezicht het in de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten en het bestek gemaakte onderscheid tussen enerzijds de vereisten aangaande de regelmatigheid van de inschrijving en, anderzijds, de vastgestelde gunningscriteria. Het bestek vermeldt uitdrukkelijk de toevoeging van een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen als voorwaarde voor de regelmatigheid van de offerte.

35. Het middelonderdeel is evenmin ernstig.

36. In een vierde en laatste onderdeel van het tweede middel werpt de verzoekende partij, “meest ondergeschikt”, nog op dat hoe dan ook de sanctie conform artikel 76, § 3, koninklijk besluit plaatsing 2017, erin bestaat dat de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig verklaart, terwijl in de kennisgeving en het gunningsverslag slechts wordt gesteld dat de offerte van verzoekster substantieel onregelmatig is bevonden en wordt geweerd, maar niet dat de verwerende partij de offerte nietig zou hebben verklaard.

Overeenkomstig artikel 76, § 3, koninklijk besluit plaatsing 2017 verklaart de aanbestedende overheid, wanneer wordt gebruikgemaakt van een

openbare of niet-openbare procedure, de substantieel onregelmatige offerte nietig.

Uit het gunningsverslag, waar de bestreden beslissing naar verwijst, blijkt duidelijk dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaart omdat zij “niet [voldoet] op het vlak van de documenten inzake veiligheid en gezondheid” en dat zij deze offerte vervolgens niet voor verdere beoordeling in aanmerking neemt. Aldus blijkt impliciet maar zeker dat de offerte van de verzoekende partij door de verwerende partij als nietig werd beschouwd. Overigens valt op het eerste gezicht niet in te zien welk belang de verzoekende partij heeft bij dit middelonderdeel nu niet blijkt dat zij door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld. Een expliciete nietigverklaring van haar offerte lijkt haar hoe dan ook niet tot voordeel te strekken.

37. Ook het vierde onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

38. Het tweede en het derde middel zijn in hun geheel niet ernstig.

C. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

39. In een vierde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 3 en 4 overheidsopdrachtenwet 2016, van het bestek AAS-17-019, van het zorgvuldigheids-, het redelijkheids- en het motiveringsbeginsel, evenals van de artikelen 2 en 3 formelemotiveringswet.

De verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij in het gunningsverslag uitgaat van een verkeerde interpretatie van het bestek en de bijlagen ervan. Indien deze interpretatie wordt gevolgd zou er volgens haar immers sprake zijn van een dubbele telling, met name enerzijds een prijs voor elke bestekpost “veiligheidsmaatregelen inbegrepen” en anderzijds nog eens een prijs voor (grotendeels) dezelfde veiligheidsmaatregelen die dan apart en fictief zouden

moeten worden uitgerekend maar dan uiteindelijk toch nog eens als een extra bedrag onder post 3, zoals beschreven op bladzijde 12 onderaan het bestek, zou moeten worden opgegeven. Zij geeft ook aan dat zij ten gevolge van deze dubbelzinnigheid van het bestek en de bijlagen ervan zou zijn verschalkt.

De verzoekende partij verduidelijkt dat in het bestek alle werken worden beschreven waarvoor prijs moet worden gegeven, waarbij per beschrijving van een werk ook de veiligheidsmaatregelen beschreven worden die in acht moeten worden genomen. Daarnaast wordt in het veiligheids- en gezondheidsplan een afzonderlijke prijsberekening in verband met de preventiemaatregelen en -middelen per post gevraagd, zoals opgesomd op bladzijde 33 van dit veiligheids- en gezondheidsplan.

Bij vergelijking van deze twee opsommingen, namelijk enerzijds de opsomming van de maatregelen zoals gevraagd in het bestek zelf, en anderzijds de opsomming van de veiligheidsmaatregelen in het veiligheids- en gezondheidsplan, blijkt volgens de verzoekende partij dat in de eerste opsomming alle maatregelen van de tweede opsomming besloten liggen, met uitzondering van de post “overige veiligheidsmaatregelen” in de lijst van de veiligheidsmaatregelen in het veiligheids- en gezondheidsplan. De voorgeschreven veiligheidsmaatregelen in het veiligheids- en gezondheidsplan zijn volgens haar dus reeds begrepen in de posten van het bestek. Het is volgens haar dan ook duidelijk dat de prijscalculatie moet gebeuren op grond van de bestekposten en dat de prijzen in het raam van een invulformulier dat betrekking heeft op het veiligheids- en gezondheidsplan, geen verhoging van deze prijscalculatie van de bestekposten mogen teweegbrengen.

De verzoekende partij meent dat zij daarom correct heeft gehandeld door haar prijzen in het bestek volledig en correct in te vullen zoals gevraagd, dit wil zeggen inclusief de (gratis) veiligheidsmaatregelen. De door haar opgegeven prijzen gaan ervan uit dat het werk veilig wordt uitgevoerd en dus is een aparte begroting van de veiligheidsmaatregelen, behoudens wat de onvoorziene maatregelen betreft, per post gelijk aan 0 euro. Een afzonderlijk hoger bedrag

– wat dan fictief zou zijn – invullen zou volgens haar betekend hebben dat zij dezelfde veiligheidsmaatregelen – indien deze een aparte prijs zouden hebben – dubbel zou hebben aangerekend, wat uiteraard een oneerlijke concurrentie met de andere inschrijvers voor deze opdracht zou hebben teweeggebracht. Zij wijst erop dat zij alleen voor de post “onvoorziene veiligheidsmaatregelen” in het invulformulier in het raam van het veiligheids- en gezondheidsplan een bedrag van 300,00 euro heeft ingevuld omdat dit de enige post was die nog niet in de onderdelen van het bestek was ingecalculeerd en met andere woorden nog niet gerekend was.

Beoordeling

40. Overeenkomstig artikel 4 overheidsopdrachtenwet 2016 dienen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en op een transparante en proportionele wijze te handelen. De verzoekende partij verduidelijkt niet op welke wijze zij artikel 3 van deze wet geschonden acht, dat louter het toepassingsgebied van de algemene beginselen omschrijft, zodat het middel niet ontvankelijk lijkt in de mate dat een schending van deze bepaling wordt aangevoerd.

41. In de mate dat ook in dit middel de schending van de formelemotiveringsplicht wordt aangevoerd, toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan waarom de meegedeelde motieven haar niet in staat stelden terdege te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen de bestreden beslissing tot onregelmatigverklaring van haar offerte. Het tegendeel blijkt veeleer uit het tweede, het derde en het vierde middel waarin de verzoekende partij de voormelde motivering betwist. Aldus lijkt op dat punt voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

42. Een schending van het redelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, waarop de verzoekende partij het middel ook steunt, veronderstelt dat de overheid bij het nemen van de beslissing buiten de

perken van de redelijkheid heeft gehandeld, met andere woorden dat zij haar beslissingsruimte onjuist heeft gebruikt.

Het komt de Raad van State niet toe zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de bevoegde administratieve overheid. Hij is in de uitoefening van zijn wettigheidsstoezicht op de voor hem aangevochten gunningsbeslissing enkel bevoegd om, desgevraagd, na te gaan of de aanbestedende overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond ervan in redelijkheid tot het bestreden besluit is kunnen komen.

43. Het vierde middel steunt op het uitgangspunt dat het gunningsverslag uitgaat van een verkeerde interpretatie van het bestek en de bijlagen ervan waardoor er sprake zou zijn van een dubbele telling, namelijk enerzijds een prijs voor elke bestekpost “veiligheidsmaatregelen inbegrepen” en anderzijds nog eens een prijs voor grotendeels dezelfde maatregelen onder een afzonderlijke post 3. De verzoekende partij geeft aan dat zij het bestek daarentegen begrepen heeft in de zin dat, uitgezonderd de post “overige veiligheidsmaatregelen” alle specifieke opgesomde veiligheidsmaatregelen in de invullijst reeds waren inbegrepen in de posten van het bestek. Om die reden zou het evident zijn dat zij voor deze posten in de invullijst inzake de prijsberekening voor de veiligheidsmaatregelen nulprijzen zou hebben opgegeven.

Op het eerste gezicht lijkt het vierde middel aldus te steunen op een verkeerde lezing van het gunningsverslag.

Zoals blijkt uit dit verslag werd de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaard omdat zij, wat de opgesomde specifieke veiligheidsmaatregelen betreft, heeft nagelaten om een afzonderlijke prijsberekening op te geven zoals vereist in het bestek en dus geenszins omwille van het feit dat zij ervan is uitgegaan dat alle specifieke opgesomde veiligheidsmaatregelen in de invullijst reeds waren inbegrepen in de posten van het bestek.

Het is enkel de gevolgtrekking die de verzoekende partij daaruit heeft gemaakt die door de verwerende partij terecht problematisch lijkt te zijn bevonden, namelijk dat het om die reden evident zou zijn dat zij voor deze posten in de invullijst “prijsberekening veiligheidsmaatregelen” nulprijzen kon opgeven.

Zoals reeds werd opgemerkt bij de beoordeling van het tweede onderdeel van het tweede middel en het derde middel kan het louter stellen dat de prijzen inbegrepen zijn in de eenheidsprijzen – om welke reden door de verzoekende partij nulprijzen zouden zijn opgegeven in het document “prijsberekening veiligheidsmaatregelen” –, op het eerste gezicht immers niet worden gelijkgesteld met de gevraagde afzonderlijke prijsberekening.

Anders dan de verzoekende partij dit ziet, lijkt de gevraagde opgave van een prijsberekening voor de betrokken maatregelen evenmin te leiden tot een dubbele telling van de betrokken veiligheidsmaatregelen. De gedetailleerde prijsberekening voor de veiligheidsmaatregelen betreft immers 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. Aldus wordt met andere woorden verduidelijkt welk deel van de opgegeven eenheidsprijzen wordt aangewend om te voldoen aan de vereiste specifieke veiligheidsmaatregelen.

Gelet op het voorgaande blijkt op het eerste gezicht ook niet dat de verzoekende partij te dezen door een beweerde dubbelzinnigheid van het bestek zou zijn verschalkt.

Overigens valt op te merken dat geen enkele inschrijver, inbegrepen de verzoekende partij, zich vooraf bij de verwerende partij blijkt te hebben geïnformeerd over de betrokken bestekbepalingen, laat staan hieromtrent een rechtmatigheidsbezwaar te hebben geformuleerd met toepassing van de specifieke bestekbepaling dienaangaande.

Bovendien lijkt ook de gekozen inschrijver het bestek en diens bijlagen op het eerste gezicht in dezelfde zin te hebben begrepen als de verzoekende partij, met dien verstande echter dat deze inschrijver, anders dan de verzoekende partij, voor de betrokken specifieke veiligheidsmaatregelen wel de gevraagde prijsberekening heeft opgegeven.

44. Ook het vierde middel is niet ernstig.

D. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

45. Het vijfde middel is genomen uit de schending van de artikelen 3 en 4 overheidsopdrachtenwet 2016, van het zorgvuldigheids-, het redelijkheids- en het motiveringsbeginsel, evenals van de artikelen 2 en 3 formelemotiveringswet.

In het gunningsverslag wordt volgens de verzoekende partij volledig onterecht opgemerkt dat de “tegenstrijdige verklaringen van b.v.b.a. EVEKA aanleiding hebben gegeven tot bijkomend onderzoek”.

Vooreerst zijn er volgens haar geen tegenstrijdige verklaringen van de bvba Eveka, zijnde de veiligheidscoördinator van de verwerende partij.

Een eerste advies van de bvba Eveka omtrent de offerte en het veiligheids- en gezondheidsplan van de verzoekende partij was negatief, doch na bijkomend onderzoek door de bvba Eveka werd een tweede advies uitgebracht waarin de offerte en het veiligheids- en gezondheidsplan van de verzoekende partij goedgekeurd werd.

Het tweede advies van de veiligheidscoördinator is volgens de verzoekende partij dus een revisie en corrigeert het standpunt in het eerste advies dat wellicht te snel werd gemaakt. Het is de verzoekende partij onduidelijk waarom

dit tweede positief advies volledig werd genegeerd door de verwerende partij. In het gunningsverslag wordt enkel melding gemaakt van “bijkomend onderzoek”, doch het is onduidelijk wie dat zogenaamd bijkomend onderzoek heeft gevoerd en wat dit dan juist inhield.

Komt daarbij volgens haar dat uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij de veiligheidscoördinator gevraagd heeft om een definitief standpunt in te nemen, doch vervolgens een beslissing heeft genomen, zonder dit advies af te wachten.

Beoordeling

46. In het gunningsverslag wordt het volgende opgemerkt aangaande het advies van de veiligheidscoördinator:

“Op 22/02/2018 verstrekke Eveka bvba aan de aanbestedende overheid een positief advies over de overeenstemming van alle ingediende offertes met het veiligheid- en gezondheidsplan, met uitzondering van de offerte van Demako. Eveka bvba verduidelijkte dat door Demako een afzonderlijke prijsberekening voor 300,00 EUR was opgegeven maar niet voor de punten die zij had opgegeven.

Op 02/03/2018 zou Eveka bvba een tweede advies verstrekken waaruit blijkt dat ook voor inschrijver Demako plots een positief advies wordt gegeven. De toelichting die daarbij door Eveka bvba wordt gegeven, luidt (uitsluitend) als volgt: ‘afzonderlijke prijsberekening voor 300,- EUR’.

De tegenstrijdige verklaringen van Eveka bvba hebben aanleiding gegeven tot bijkomend onderzoek. Na dit onderzoek moet besloten worden dat de offerte van Demako geweerd moet worden als substantieel onregelmatig. Deze beslissing wordt als volgt gemotiveerd: [...]

Met schrijven van 07/03/2018 werd aan Eveka bvba nog verzocht om een definitief standpunt in te nemen ten aanzien van de door Demako gevoegde documenten inzake veiligheid en gezondheid en werd melding gemaakt van de taak van Eveka bvba om te adviseren over de overeenstemming van de door de inschrijvers ingediende prijsberekening met de inhoud van het VGP. Eveka bvba heeft hierop niet verder schriftelijk gereageerd. Eveka bvba heeft in ieder geval nergens gesteld dat de door Demako geboden nulprijzen haar in de mogelijkheid stellen om de door Eveka bvba vooropgestelde specifieke veiligheidsmaatregelen uit te voeren. Zoals hierboven reeds toegelicht, is dit vanzelfsprekend niet mogelijk. De offerte van Demako voldoet niet op het vlak van de documenten inzake veiligheid en gezondheid en is substantieel onregelmatig.”

47. Overeenkomstig artikel 4^{sexies}, 5°, koninklijk besluit tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, 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 hetzelfde koninklijk besluit, voor bouwwerken met een totale oppervlakte gelijk aan of groter dan 500 m².

Anders dan de verzoekende partij dit ziet, lijken beide adviezen van de veiligheidscoördinator wel degelijk tegenstrijdig, te meer daar zij tot een tegenovergestelde conclusie komen.

In het tweede advies van de veiligheidscoördinator wordt geen enkele aandacht besteed aan de vraag waarom nu tot een tegenovergestelde conclusie wordt gekomen, tenzij de blote vaststelling “Afzonderlijke prijsberekening voor 300;- EUR”.

In die omstandigheden lijkt de verwerende partij de grenzen van zorgvuldigheid en redelijkheid niet te buiten te zijn gegaan door dit zelf nader te onderzoeken en bij het uitblijven van een laatste reactie vanwege de veiligheidscoördinator, hieromtrent zelf een beslissing te hebben genomen.

Het advies van de veiligheidscoördinator is niet bindend. Indien de aanbestedende overheid het advies van de coördinator niet volgt, lijkt zij dit wel te moeten motiveren in de gunningsbeslissing, hetgeen zij te dezen op het eerste gezicht heeft gedaan zoals blijkt uit de uitvoerige motivering zoals opgenomen in het gunningsverslag.

48. Het vijfde middel is niet ernstig.

E. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

49. In een zesde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 3 en 4 overheidsopdrachtenwet 2016, van de artikelen 33, 34, 35 en 36 koninklijk besluit plaatsing 2017, van het zorgvuldigheids-, het redelijkheids-, het gelijkheids- en het motiveringsbeginsel, evenals van de artikelen 2 en 3 formelemotiveringswet.

Daarbij voert de verzoekende partij “ondergeschikt” nog aan dat, indien de verwerende partij haar offerte en bijlagen had bestudeerd, en zij van oordeel was dat er iets niet klopte (materiële fout, nood aan verder onderzoek van de kosten, prijzen die abnormaal laag zijn (b.v. 0 euro,) ...), zij toepassing had moeten maken van de voorschriften van de voormelde artikelen 33, 34, 35 en/of 36 koninklijk besluit plaatsing 2017, “door zelf [te] verbeteren en/of het verzoeken tot nodige inlichtingen en/of een bevraging of vraag tot prijsverantwoording”.

Door dit alles niet te doen en de offerte van de verzoekende partij te weren als onregelmatig, heeft de verwerende partij volgens haar dan ook de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden, waaronder overigens ook de principes van transparantie en proportionaliteit zoals hierin vervat.

Daarenboven getuigt de bestreden beslissing volgens haar van onzorgvuldigheid en onredelijkheid temeer daar haar offerte merkkelijk lager was. Hierdoor is dan ook de motivering totaal inadequaat en irrelevant.

Ten slotte is hierdoor volgens de verzoekende partij ook de gelijkheid met de andere inschrijvers geschonden, nu zij ten onrechte uitgesloten wordt van concurrentie met deze andere inschrijvers.

Beoordeling

50. In een zesde middel voert de verzoekende partij ondergeschikt nog aan dat, zelfs indien de verwerende partij van oordeel was dat er iets niet klopte in de offerte van de verzoekende partij, zij toepassing had moeten maken van de voorschriften van voormelde artikelen 33, 34, 35 en/of 36 koninklijk besluit plaatsing 2017, “door zelf [te] verbeteren en/of het verzoeken tot nodige inlichtingen en/of een bevraging of vraag tot prijsverantwoording”.

De door de verzoekende partij aangehaalde artikelen van het koninklijk besluit plaatsing 2017 hebben betrekking op de verbetering van fouten en het nazicht van prijzen of kosten.

Overeenkomstig artikel 34, § 2, van hetzelfde koninklijk besluit verbetert de aanbestedende overheid de rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes, zonder aansprakelijk te zijn voor de niet ontdekte fouten.

De verzoekende partij maakt echter niet aannemelijk dat de verwerende partij te dezen ertoe gehouden was om over te gaan tot verbetering van de offerte van de verzoekende partij op grond van een rekenfout of zuiver materiële fout. Zij lijkt geen foutieve rekenkundige bewerking te hebben gemaakt. Evenmin lijkt er sprake te zijn van een materiële fout in de zin van verschrijving waaromtrent nauwelijks discussie mogelijk zou zijn.

In de mate dat de verzoekende partij voorts nog een schending aanvoert van de artikelen 35 en 36 koninklijk besluit plaatsing 2017 verliest zij uit het oog dat haar offerte niet geweerd blijkt te zijn wegens abnormale prijzen zodat een bevraging op grond van vermeend abnormale prijzen niet verplicht was.

Voorts lijkt evenmin te kunnen worden aangenomen dat de verwerende partij te dezen gehandeld zou hebben in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel doordat zij niet meer concreet zou hebben onderzocht in welke mate de

vergelijkbaarheid van de offertes effectief in het gedrang zou zijn gebracht.

In de mate dat de verzoekende partij daarmee zou beogen te verwijzen naar de mogelijkheid vervat in artikel 66, § 3, eerste lid, overheidsopdrachtenwet 2016, valt op te merken dat, naast de vaststelling dat in het middel geen schending van deze bepaling wordt opgeworpen, de aanbestedende overheid niet verplicht is om contact op te nemen met een inschrijver die een offerte heeft ingediend die met gebreken blijkt behept, *a fortiori*, wanneer het om substantiële gebreken blijkt te gaan.

Het ontbreken van een afzonderlijke prijsberekening leidt er immers op het eerste gezicht toe dat de verwerende partij bij de opening van de offertes geen zicht heeft op de ernst van de door de verzoekende partij voorgenomen maatregelen inzake het veiligheids- en gezondheidsplan, dat dit ontbreken er ook toe leidt dat een essentieel element in het berekenen van de totaalprijs die de verzoekende partij biedt, ontbreekt, en dat een herstellen van dit laatste manco door een inschrijver problematisch lijkt vanuit het oogpunt van de gelijkheid onder de inschrijvers.

Wat ten slotte de ook in dit middel aangevoerde schending van de formelemotiveringswet en het motiveringsbeginsel betreft, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het tweede, het derde, het vierde en het vijfde middel.

51. Het zesde middel is niet ernstig.

VII. Besluit en kosten

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

53. Het is passend, gelet op het verdere procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 mei 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin