

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 241.716 van 5 juni 2018
in de zaak A. 225.192/XII-8548**

In zake: 1. de NV STRABAG BELGIUM
2. de NV EEG
samen vormend een thv
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim Naudts en Kathleen De hornois
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Luchthaven Nationaal 1J
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV ARTES DEPRET
2. de NV FABRICOM
3. de NV AXIMA
samen vormend een thv
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leo de Béthunelaan 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 mei 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Universiteit Gent van 23 april 2018, waarbij wordt beslist om de opdracht m.b.t. renovatie Technicum: afbraakwerken, asbestverwijdering, ruwbouw, dakwerken, afwerking, buitenschrijnwerk, omgevingsaanleg, HVAC, elektrische installaties, branddetectie, databekabeling, sanitaire installaties en liften, toe te wijzen aan de thv Artes Depret nv — Fabricom nv — Axima nv voor een bedrag van € 17.430.569,22 exclusief btw, alsook impliciet wordt beslist om de betreffende opdracht niet te gunnen aan de [nv Strabag Belgium en de nv EEG]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 mei 2018 hebben de nv Artes Depret, de nv Fabricom en de nv Axima, samen vormend een thv, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 31 mei 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaat Wim Naudts, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “Renovatiwerken aan Blok 1 en Blok 2 van het Technicum: ‘Afbraakwerken, asbestverwijdering, ruwbouw, dakwerken, afwerking, buitenschrijnwerk, omgevingsaanleg, HVAC, elektrische installaties, branddetectie, databekabeling, sanitaire installaties en liften””.

3.2. De opdracht wordt gegund door middel van een beperkte aanbesteding.

3.3. De oproep tot aanvraag tot deelneming wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 oktober 2016 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 19 oktober 2016.

3.4. Met een gemotiveerd besluit van 14 februari 2017 worden de volgende kandidaten geselecteerd:

- de thv nv A.O.R. Wyckaert – nv Spie Belgium;
- de thv nv BAM Contractors – nv Cegelec – bvba De Mulder;
- de thv nv Strabag Belgium – nv EEG (verzoekende partijen);
- de thv nv Artes Depret – nv Fabricom – nv Axima.

De verwerende partij deelt haar beslissing mee aan de geselecteerde kandidaten bij aangetekende brief van 3 maart 2017, waarna ook de verzoekende partijen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen op grond van de ter beschikking gestelde opdrachtdocumenten.

De opening van de offertes is bepaald op 1 december 2017 om 10.00 uur.

3.5. Artikel 12 van het administratief bestek bevat een lijst van de bij de offerte te voegen documenten:

“Artikel 12 - Bij de offerte te voegen documenten

1. Volmacht:

Indien een offerte door een gevolmachtigde ondertekend wordt, dienen bij de offerte de documenten gevoegd te worden die de identiteit van de ondertekenaars aanduiden en hun mandaat bewijzen, met name (a) de authentieke of onderhandse akte waarbij hem/haar de machtiging wordt verleend of (b) een voor echt verklaard afschrift van het oorspronkelijk stuk of (c) de aanduiding van het nummer van het Belgisch Staatsblad waarin de bevoegdheden van de gevolmachtigde werden gepubliceerd.

2. Document dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan (projectveiligheidsplan). Dit document moet beantwoorden aan de vereisten gesteld in het veiligheids- en gezondheidsplan.

3. Afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het plan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en –middelen (zie het veiligheids- en gezondheidsplan).

4. Attest van plaatsbezoek.”

Op bladzijde E30 bevat het technisch bestek – perceel “Elektriciteit” een onderdeel “03. STERKSTROOM – 03.02 LEIDINGEN – 03.02.00 ALGEMEEN – 03.02.00.01 OPMETING”, dat luidt als volgt:

“De aannemer van dit perceel staat zelf in voor de opmeting van de bekabeling van zijn installatie. De bekabeling is in de meetstaat voorzien in een Totale Prijs (T.P.). De aannemer dient bij zijn inschrijving een overzicht te voegen van de gebruikte bekabeling. Dit overzicht dient te bevatten:

- type kabel
- geplaatst in buis/kabelgang
- waarvoor gebruikt
- aantal meter
- EP per meter
- totaal per type kabel

Het ontbreken van de opmeting en detail prijsberekening maken de offerte onaanvaardbaar. Wanneer deze tabel onvolledig is, zal deze voor de bestelling moeten worden overgemaakt zonder prijswijziging.

De aannemer kan geen aanspraak maken op een verrekening omwille van eventuele tekortkomingen bij de samenstelling van deze prijs.

De gespecificeerde prijzen voor kabel in buis gelden zowel voor buis inbouw als voor buis opbouw.

De gespecificeerde prijzen voor kabel in kabelgang gelden voor alle kabelgangen (kabelgoot met/zonder deksel, draadgoot, vloergoot, kabelladder, ...)

De totalen per type kabel zullen, in groepen getotaliseerd, de in de meetstaat voorziene Totale Prijs voor de bekabeling moeten vormen. De in het overzicht opgegeven eenheidsprijzen worden voor het verdere verloop van de werf beschouwd als forfaitaire eenheidsprijzen en zullen gebruikt worden om eventuele verrekeningen op te maken.

Voor de leidingen voorzien in V.H. en uit te voeren tegen eenheidsprijs, wordt enkel de effectief geplaatste kabellengte, inclusief de verbindingen gemeten en aangerekend.

Onnodige lussen en afgeknipte kabeldelen worden niet aangerekend.”

De meetstaat (bijlage 5 van het technisch bestek - perceel “Elektriciteit”) bevat een afzonderlijke post 03.02.02.03.a voor verdeelstroomkabels, waarvoor enkel een “Totale Prijs (TP)” wordt voorzien. De post 03.02.02.01 voor voedingskabels, wordt opgesplitst in verschillende soorten kabels waarvoor een forfaitaire prijs wordt gevraagd, inclusief het aantal meter.

Bijlage 1 “lijst van documenten en berekeningsnota’s” van het technisch bestek van het perceel “Elektriciteit” vermeldt het overzicht van de gebruikte bekabeling niet binnen de “Overzichtslijst in te dienen documenten” “bij inschrijving”.

3.6. De verzoekende partijen dienen tijdig een offerte in tegen een prijs van 17.631.741,53 euro, btw niet inbegrepen. Bij de offerte is een overzicht gevoegd van de elektrische bekabeling, voorwerp van de post 03.02.02.03.a Verdeelstroomkabels.

Bij de offerte van de thv nv Artes Depret – nv Fabricom – nv Axima is geen dergelijk overzicht gevoegd.

3.7. Bij besluit van 21 maart 2018 wordt de opdracht gegund aan de tussenkomende partijen.

3.8. Bij aangetekend schrijven en e-mailbericht van 26 maart 2018 worden de verzoekende partijen ervan in kennis gesteld dat de opdracht niet aan hen is gegund.

3.9. Bij e-mailbericht van 4 april 2018 stellen de verzoekende partijen aan de verwerende partij de vraag of de gekozen inschrijver, de thv nv Artes Depret – nv Fabricom – nv Axima, het overzicht van de gebruikte bekabeling (post 03.02.00.01) bij haar offerte heeft gevoegd.

3.10. Bij e-mailbericht van 6 april 2018 antwoordt de verwerende partij dat zij de gunningsbeslissing van 21 maart 2018 zal intrekken.

3.11. Op 23 april 2018 wordt de gunningsbeslissing van 21 maart 2018 ingetrokken en wordt de opdracht opnieuw gegund aan de tussenkomende partijen. De verzoekende partijen worden als tweede gerangschikt.

Bij aangetekend schrijven en e-mailbericht van 26 april 2018 worden de verzoekende partijen in kennis gesteld van de intrekking- en gunningsbeslissing van 23 april 2018.

De gunningsbeslissing is het voorwerp van de voorliggende vordering tot schorsing.

De gunningsbeslissing van 23 april 2018 is met betrekking tot het bij de inschrijving te voegen overzicht van de gebruikte bekabeling, gemotiveerd als volgt:

“Overwegende dat p. E30 van het bestekonderdeel ‘Elektriciteit’ stelt dat de inschrijver bij zijn inschrijving een overzicht dient te voegen van de gebruikte bekabeling; dat dit overzicht het type kabel, geplaatst in

kabelgang/buis, waarvoor gebruikt; aantal meter, eenheidsprijs per meter en totaal per type kabel dient te specificeren;

Overwegende dat THV Strabag en THV Wyckaert deze bijlage aan hun offerte toevoegden;

Overwegende dat THV Artes Depret en THV BAM Contractors deze bijlage niet aan hun offerte toevoegden;

Overwegende dat het bestek bepaalt dat het ontbreken van de opmeting en detail van prijsberekening de offerte onaanvaardbaar maakt;

Overwegende dat het bestek in het overzicht van toe te voegen documenten in het administratief deel van het bestek (p. 14-15) deze bijlage niet vermeldt;

Overwegende dat bijlage 1 van het bestekonderdeel 'Elektriciteit' in de lijst van toe te voegen documenten deze bijlage niet vermeldt;

Overwegende dat het bestek op dit punt op zijn minst onduidelijk is, terwijl men van een zorgvuldige aanbestedende overheid een eenduidig bestek mag verwachten;

Overwegende dat de verbintenis tot uitvoering van de opdracht op het punt van de bekabeling niet onzeker is, daar alle inschrijvers een totale prijs gegeven hebben voor deze post; dat de inschrijvers door deze prijszetting gehouden zijn; dat deze prijs bij alle inschrijvers in dezelfde lijn ligt en dus kan gesteld worden dat deze correct ingeschat werd; dat dit bij deze aanbestedingsprocedure van belang is daar de prijs het enig doorslaggevend criterium is en kwaliteit van het materiaal of materiaalkeuze niet wordt beoordeeld;

Overwegende dat het ontbreken van de betreffende bijlage de vergelijkbaarheid van de offertes geenszins in het gedrang brengt;

Overwegende dat de sanctie van de onaanvaardbaarheid van de offerte te drastisch is gezien de vereiste documenten niet werkelijk noodzakelijk zijn om het inhoudelijk aanbod van de offerte te onderzoeken aangezien de verbintenis tot uitvoering niet onzeker is; dat de sanctie bovendien niet in verhouding is tot het relatieve belang van de post in het geheel van de opdracht gezien deze minder dan 1 % bedraagt van de totale aannemingssom; dat het ontbreken van de documenten aldus niet tot de nietigheid van de offerte mag leiden.”

IV. Tussenkost

4. De de nv Artes Depret, de nv Fabricom en de nv Axima, samen vormend een thv, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

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 beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

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

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

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een enig middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 159 van de Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de artikelen 5 en 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, het bestek, het mededingingsbeginsel, de “beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het patere legem quam ipse fecisti beginsel”.

“DOORDAT de verwerende partij beslist dat de offerte van de THV Artes Depret NV — Fabricom NV — Axima NV regelmatig is want zij deze offerte niet nietig verklaart, niettegenstaande deze inschrijver bij haar offerte geen overzicht van de gebruikte bekabeling, omvattende een opmeting en een detail prijsberekening, heeft gevoegd, zoals voorgeschreven door de van toepassing zijnde opdrachtdocumenten, meer bepaald in het besteksonderdeel ‘Elektriciteit’ op pag. E30, en dit op straffe van onaanvaardbaarheid van de offerte;

Dat volgens de verwerende partij het ontbreken van het kwestieuze overzicht, niettegenstaande de in het bestek opgelegde sanctie van de onaanvaardbaarheid van de offerte, niet tot de nietigheid van de offerte mag leiden om volgende redenen: (1) dat het overzicht van de gebruikte bekabeling niet voorkomt op een overzicht of lijst van te voegen documenten in het administratief deel van het bestek dan wel in het besteksonderdeel ‘Elektriciteit’ van het bestek, wat het bestek onduidelijk zou maken, (2) dat het ontbreken van het kwestieuze overzicht de verbintenis tot uitvoering van de opdracht op het punt van de bekabeling niet onzeker maakt, want alle inschrijvers voor deze post een totale prijs hebben gegeven waardoor zij gehouden zijn, dat die totale prijzen in dezelfde lijn liggen en dus correct zijn ingeschat en de prijs het enige criterium is en de kwaliteit van het materiaal of materiaalkeuze niet wordt beoordeeld, (3) dat het vereiste overzicht niet werkelijk noodzakelijk is om het inhoudelijke aanbod van de offerte te onderzoeken, (4) dat het ontbreken van de bijlage de vergelijkbaarheid van de offertes geenszins in het gedrang brengt, en (5) dat de sanctie van de onaanvaardbaarheid niet in verhouding is tot het relatieve belang van de post in het geheel van de

opdracht gezien deze minder dan 1 % bedraagt van de totale aannemingssom;

TERWIJL op grond van artikel 95 KB Plaatsing een offerte op formeel vlak substantieel onregelmatig is als ze afwijkt van de essentiële vormvoorschriften van de opdrachtdocumenten; Dat de verwerende partij in het bestek de verplichting om bij de inschrijving een overzicht te voegen van de gebruikte bekabeling zelf als essentieel heeft aangeduid, nu zij zelf als sanctie heeft voorzien dat het ontbreken ervan de offerte onaanvaardbaar maakt; Dat verwerende partij zich onterecht bij het nemen van de bestreden beslissing een discretionaire bevoegdheid heeft toegeëigend om alsnog te oordelen over het al dan niet essentieel karakter van de litigieuze besteksbepaling; Dat de verwerende partij op grond van het Bestek en het patere legem quam ipse fecisti beginsel gehouden is deze eigen regels na te leven en aldus had moeten vaststellen dat de offerte van de betrokken inschrijver, door het ontbreken van dit overzicht van de gebruikte bekabeling, onaanvaardbaar en dus substantieel onregelmatig is; Dat het Bestek op dat vlak meer dan duidelijk is; Dat de niet-vermelding van deze bijlage in een lijst van bij de offerte toe te voegen documenten de substantiële onregelmatigheid niet wegneemt, noch enige onduidelijkheid meebrengt van wat expliciet en duidelijk is bepaald in het bestek, meer bepaald op pag. E30 van het besteksonderdeel 'Elektriciteit', nl. dat de inschrijvers dit overzicht bij hun offerte moeten voegen op straffe van onaanvaardbaarheid van de offerte;

TERWIJL, anders dan de verwerende partij motiveert, het ontbreken van de kwestieuze bijlage de verbintenis tot uitvoering van de opdracht op het punt van de bekabeling wel onzeker maakt; Dat de kwestieuze post van de bekabeling (post 03.02.02.03.A verdeelstroomkabels) een post tegen totale prijs is, zonder opgave van hoeveelheden in de meetstaat, en de inschrijvers zelf instaan voor de opmeting van de te plaatsen bekabeling; Dat de inschrijvers aldus in het overzicht een eigen opmeting van de hoeveelheden en een detail prijsberekening c.q. de eenheidsprijzen van de diverse te plaatsen kabels dienen op te nemen, waarbij de opgegeven eenheidsprijzen bovendien voor het verder verloop van de werf worden beschouwd als forfaitaire eenheidsprijzen en gebruikt zullen worden om eventuele verrekeningen op te maken; Dat door het niet voegen van deze bijlage het dus onzeker is welke hoeveelheden kabels tegen welke eenheidsprijzen de inschrijver zal uitvoeren, en dit ongeacht de aangeboden totaalprijs; Dat het overzicht aldus wel ook noodzakelijk is om het inhoudelijke aanbod ter zake de te plaatsen bekabeling te onderzoeken, zowel qua aangeboden hoeveelheden als qua eenheidsprijzen, en dus na te gaan of de inschrijver wel een (prijs-)technisch conforme offerte heeft ingediend, met inbegrip van het nagaan van eventuele abnormale eenheidsprijzen, naast de aangeboden totaalprijs, dit alles kennelijk ook teneinde de goede uitvoering van de opdracht te waarborgen; Dat aldus, anders dan de verwerende partij stelt, het niet bijvoegen van de bijlage ook de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt; Dat dit alles het essentieel karakter van het vormvoorschrift en de verplichting de kwestieuze bijlage bij de inschrijving te voegen bevestigt;

En TERWIJL het afwijken van de besteksvereiste om het overzicht van de gebruikte bekabeling te voegen de betrokken inschrijver ook een voordeel oplevert t.o.v. haar concurrenten en aldus tot ongelijke behandeling leidt, nu de betrokken inschrijver lopende de uitvoering van de opdracht nog vrij de hoeveelheden van de diverse te plaatsen kabels en haar eenheidsprijzen daarvoor kan opgeven, terwijl voor de andere inschrijvers de bij de inschrijving meegedeelde eenheidsprijzen bij de uitvoering forfaitair zullen gelden voor de opmaak van eventuele verrekeningen; Dat het niet voegen van het kwestieuze overzicht aldus zelfs aanleiding kan geven tot speculatie; dat ook daarom de besteksvereiste een essentieel besteksvoorschrift betreft;

En TERWIJL het relatieve belang van de post in het geheel van de opdracht evenmin kan aantonen dat het besteksvoorschrift geen essentiële bepaling zou zijn;

En TERWIJL op grond van artikel 95 KB Plaatsing een offerte ook op materieel vlak substantieel onregelmatig is als ze afwijkt van de bepalingen van de opdrachtdocumenten betreffende met name prijzen en technische specificaties in de mate dat die bepalingen essentieel zijn;

Dat het overzicht van de gebruikte bekabeling een opmeting van de hoeveelheid te plaatsen kabels in meter moet bevatten, alsook de eenheidsprijzen per lopende meter, en aldus ook betrekking heeft op prijzen en technische specificaties; Dat ook op materieel vlak de kwestieuze besteksbepaling, om een opmeting van hoeveelheden en eenheidsprijzen op te geven, aldus een essentiële bepaling betreft, nu het niet opgeven van deze eenheidsprijzen en hoeveelheden de verbintenis van de betrokken inschrijver onzeker maakt en de vergelijkbaarheid van de offertes beïnvloedt, alsook de verwerende partij minstens verhindert na te gaan of de aangeboden eenheidsprijzen van de te plaatsen bekabeling niet abnormaal zijn, ongeacht de aangeboden totaalprijs;

En TERWIJL op grond van artikel 95 §4 KB Plaatsing een substantieel onregelmatige offerte hoe dan ook nietig is en de verwerende partij aldus verplicht is om die nietige offerte buiten beschouwing te laten; Dat de verwerende partij ter zake niet beschikt over een discretionaire bevoegdheid; Dat de verwerende partij aldus de offerte van de gekozen inschrijver als nietig buiten beschouwing moet laten;

ZODAT de betrokken opdracht met schending van de aangehaalde bepalingen en beginselen onwettig werd gegund aan de gekozen inschrijver, THV Artes Depret NV — Fabricom NV — Axima NV, nu zij geen regelmatige offerte heeft ingediend, terwijl conform artikel 24 Overheidsopdrachtenwet 2006 bij aanbesteding de opdracht gegund dient te worden aan de inschrijver die niet alleen de laagste maar ook een regelmatige offerte heeft ingediend; Dat ingevolge de substantiële onregelmatigheid en nietigheid van die offerte, de laagste regelmatige offerte wel werd ingediend door de verzoekende partijen;

Dat ook de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden zijn, want de in de gunningsbeslissing opgenomen motivering zowel in feite als in rechte onjuist is en de beslissing niet gedragen is door

deugdelijke en draagkrachtige motieven die blijken uit een zorgvuldig onderzoek.”

Beoordeling

6.2. De tussenkomende partij werpt op dat het enig middel niet ontvankelijk is wegens gebrek aan belang.

Zoals hierna zal blijken is het enig middel niet ernstig, zodat een onderzoek van de exceptie zich niet opdringt.

6.3. Artikel 95 van het te dezen van toepassing zijnde koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit plaatsing) bepaalt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.

§ 2. Op formeel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en van de opdrachtdocumenten, in de mate dat de vormvoorschriften van die artikelen of die documenten essentieel zijn.

Als een offerte daarentegen afwijkt van de overige vormvoorschriften van de in het eerste lid vermelde artikelen of van de opdrachtdocumenten, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 3. Op materieel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99.

Als een offerte daarentegen niet in overeenstemming is met de andere bepalingen van dit besluit, meer bepaald met hoofdstuk 1, afdelingen 7 tot 11, en met hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4, of van de opdrachtdocumenten, of nog enig voorbehoud inhoudt of elementen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 4. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig.

In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende

overheid een offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn.”

6.4. In geding is de hiervoor onder randnummer 3.5 geciteerde besteksbepaling vermeld op bladzijde E30 van het technisch bestek – perceel “Elektriciteit” “03.02.00.01 OPMETING”.

Deze besteksbepaling is onderdeel van de afdeling 03.02 “Leidingen” en vereist een opmeting en prijsberekening van de gebruikte bekabeling wanneer de bekabeling in de meetstaat is voorzien in een Totale Prijs (T.P.). Blijkens de meetstaat gaat het om de post 03.02.02.03.a (volgnummer 117) “Verdeelstroomkabels”.

6.5. Er wordt niet betwist dat de tussenkomen partijen bij hun inschrijving geen dergelijk overzicht van de gebruikte bekabeling hebben gevoegd. Aldus lijkt de offerte van de tussenkomen partijen behelpt met een formele onregelmatigheid.

De verzoekende partijen hebben bij hun offerte wel een overzicht van de gebruikte bekabeling gevoegd, weze het volgens de verwerende partij een onvolledig overzicht.

6.6. Luidens de betrokken besteksbepaling maken “ [h]et ontbreken van de opmeting en detail prijsberekening [...] de offerte onaanvaardbaar”. Hieraan wordt evenwel toegevoegd dat “[w]anneer deze tabel onvolledig is, [...] deze voor de bestelling [zal] moeten worden overgemaakt zonder prijswijziging”.

De zin dat “[d]e in het overzicht opgegeven eenheidsprijzen [...] voor het verdere verloop van de werf [worden] beschouwd als forfaitaire eenheidsprijzen en zullen gebruikt worden om eventuele verrekeningen op te maken” lijkt de fase van de uitvoering te betreffen en geen *prima facie* aanknopingspunt te bieden om de opgave ervan bij de inschrijving als dwingend te moeten beschouwen.

6.7. De motivering van de verwerende partij in de gunningsbeslissing dat de uitvoering van de opdracht op het punt van de bekabeling niet onzeker is, omdat alle inschrijvers een totale prijs gegeven hebben voor deze post, en dat de inschrijvers door deze prijszetting gehouden zijn, lijkt niet de perken van een redelijke beoordeling te buiten te gaan en op het eerste gezicht bevestiging te vinden in de meetstaat die, anders dan voor de verdeelstroomkabels, voor de voedingskabels wel alle details meeneemt. Met de tussenkomende partijen wordt voorts vastgesteld dat het technisch bestek – perceel “Elektriciteit” onder subonderdeel 03.02.02.03 “Verdeelstroomkabels” bepaalt welke de gebruikte kabel- en draadtypes zijn, op de stuurbekabeling na waarbij de aannemer zelf mag bepalen welk type kabel hij zal gebruiken na goedkeuring door de ontwerper, en hoe moet worden uitgevoerd.

6.8. In het licht van het voorgaande en de gekozen gunningswijze lijkt het standpunt van de verzoekende partijen – dat een inhoudelijke beoordeling van het aanbod door middel van het bij de initiële inschrijving voegen van het overzicht van de gebruikte bekabeling zich opdringt, wil de overheid zekerheid hebben omtrent de verbintenis van de betrokken inschrijver – niet aangetoond.

Hoewel, wat de gekozen inschrijver betreft, de juiste hoeveelheden gebruikte kabels en de eenheidsprijzen ervan met betrekking tot de post “verdeelstroomkabels” vooralsnog niet gekend zijn, lijkt, rekening houdend met de wens van de aanbestedende overheid om binnen de contouren van het bestek de concrete invulling van deze post over te laten aan de aannemer, de enkele opgave van een totaalprijs en de ondertekening van de offerte te kunnen volstaan voor de overheid om zekerheid te hebben over de verbintenis. Door de ondertekening verbindt een inschrijver zich er immers toe de opdracht besteksconform uit te voeren. Overigens blijkt dat luidens de bijlage 1 bij het technisch bestek – perceel “Elektriciteit” vóór de uitvoering de uitvoeringsplannen van onder meer alle installaties sterkstroom moeten worden ingediend.

6.9. In dezelfde lijn lijkt het niet sanctioneren door de overheid van het niet onmiddellijk bij de inschrijving voegen van het gevraagde overzicht niet onverenigbaar met het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers. Zoals gezegd lijkt de zin in het kwestieuze besteksvoorschrift dat “[d]e in het overzicht opgegeven eenheidsprijzen [...] voor het verdere verloop van de werf [worden] beschouwd als forfaitaire eenheidsprijzen en zullen gebruikt worden om eventuele verrekeningen op te maken” de fase van de uitvoering te betreffen en bepaalt de tweede zin van hetzelfde voorschrift dat alleszins vóór de bestelling een volledig overzicht van de gebruikte bekabeling moet worden overgemaakt.

6.10. Eenzelfde bemerking kan worden gemaakt met betrekking tot het beweerde concurrentieel voordeel lopende de uitvoering van de opdracht van de inschrijver die geen overzicht van de gebruikte bekabeling bij zijn inschrijving heeft gevoegd. Ook deze grief lijkt te worden opgevangen door de tweede zin van de kwestieuze besteksbeplating luidens welke alleszins vóór de bestelling een volledig overzicht van de gebruikte bekabeling moet worden overgemaakt.

6.11. Om al deze redenen lijkt het standpunt van de verzoekende partijen dat het initieel ontbreken bij de offerte van het overzicht van de gebruikte bekabeling de schending van een substantiële besteksvereiste zou uitmaken, die de aanbestedende overheid elke discretionaire beoordelingsbevoegdheid ontnemt, niet aangetoond. Hieruit volgt dat evenmin is aangetoond dat de verwerende partij het relatieve aandeel van de betrokken post in de opdracht niet had mogen betrekken in haar beoordeling of zij al dan niet over de onregelmatigheid heen zou stappen.

6.12. De conclusie luidt dat de verzoekende partijen niet kunnen worden bijgevalen in hun stelling dat de verwerende partij zou hebben gehandeld in strijd met artikel 95 van het koninklijk besluit plaatsing. Evenmin tonen zij aan dat in strijd met artikel 24 van de voormelde wet van 15 juni 2006 de opdracht niet zou zijn gegund aan de laagste regelmatige inschrijver of dat de bestreden

gunningsbeslissing niet zou steunen op deugdelijke motieven na zorgvuldig onderzoek.

Het enig middel is niet ernstig.

VII. Besluit en kosten

7.1. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

7.2. De kosten, bestaande uit het rolrecht, de bijdrage overeenkomstig artikel 5, § 1, van de wet van 19 maart 2017 ‘tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand’ en de door de verwerende partij gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro, vallen ten laste van de verzoekende partijen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Artes Depret, de nv Fabricom en de nv Axima, samen vormend een thv, tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro en een bijdrage van 40 euro, ieder voor de helft, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 450 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 juni 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