

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 253.859 van 24 mei 2022
in de zaak A. 236.226/XII-9209**

In zake: de NV KRINKELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Olivier Eschweiler
kantoor houdend te 4130 Esneux
Rue de Mery 42
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Tess Van Gaal
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV ABOG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Gent
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 april 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken van 1 april 2022 waarbij de overheidsopdracht voor diensten “groen- en netheidonderhoud op de gewest- en autosnelwegen in de afdeling Antwerpen – Perceel 2 : VVR [vervoerregio] Kempen noord” wordt gegund aan de nv ABOG.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 8 mei 2022 heeft de nv ABOG gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 mei 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Katrijn Vermeulen, die *loco* advocaat Olivier Eschweiler verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Kris Wauters en Tess Van Gaal, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest andersluidend 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. Het Agentschap Wegen en Verkeer schrijft in naam van en voor rekening van het Vlaamse Gewest een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp “Groen- en netheidsonderhoud op de gewest- en autosnelwegen in de afdeling Antwerpen. Perceel 1: VVR [vervoerregio] Antwerpen oost. Perceel 2: VVR [vervoerregio] Kempen noord”.

Het doel van de opdracht wordt als volgt omschreven:

“Deze aanneming heeft tot doel om in de vervoersregio’s Antwerpen (deel oost) en Kempen (deel noord) langsheen de gewest- en autosnelwegen en hun aanhorigheden de berijdbaarheid en de veiligheid van de weggebruikers te verzekeren door de uitvoering van onderhouds- en herstellingswerkzaamheden aan het bestaande groenpatrimonium en de uitvoering van periodiek netheidsonderhoud.”

Enkel perceel 2, vervoerregio Kempen noord, is in het geding.

Als plaatsingsprocedure is gekozen voor de openbare procedure.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 december 2021 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 22 december 2021.

3.3. Het bestek met referte WA/OND/D100/2021/7 is van toepassing.

3.3.1. Er zijn twee gunningscriteria, namelijk de prijs en de kwaliteit van de aangeboden diensten/plan van aanpak, telkens met een weging van 50%.

Het bestek (“art. 78. Inhoud van de offerte”) bepaalt welke documenten bij de offerte moeten worden gevoegd:

“Naast de bescheiden en nota’s, vereist door de wettelijke en reglementaire bepalingen en door de documenten waarnaar dit bijzonder bestek verwijst, dient de inschrijver nog de volgende documenten bij zijn offerte te voegen:

- het rechtsgeldig bewijs dat de perso(o)n(en) die het offerteformulier ondertekende(n) op de datum van de indiening van de inschrijvingen gemachtigd is (zijn) om namens de INSCHRIJVER een bindende offerte in te dienen, conform art. 44 van het KB Plaatsing;
- de prijsberekening van de specifieke veiligheidsmaatregelen opgelegd in het veiligheids- en gezondheidsplan;
- in toepassing van art. 30, tweede lid, 1° en 2° van het KB van 25/01/2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen dient de inschrijver op straffe van substantiële onregelmatigheid van zijn inschrijving het door de veiligheidscoördinator aangeboden document (bijgevoegd bij het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan met als benaming

‘WA-OND-D100-2021-7_INVULFORMULIER VOOR VC’) aan te vullen met de beschrijving van de uitvoeringswijze incl. de voorgestelde preventiemaatregelen (luik 1.2) en de kostprijsberekening voor betreffende preventiemaatregelen (luik 2.2) voor de door de veiligheidscoördinator-ontwerp vermelde werkzaamheden (luiken 1.1 en 2.1)”

3.3.2. Bij het bestek is onder meer een bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan gevoegd, opgesteld door de “veiligheidscoördinator-ontwerp”. Dit plan geldt voor de twee percelen. Onder een punt 3.1.1, “Posten i.v.m. specifieke veiligheidsmaatregelen [...]”, wordt vermeld: “Signalisatieplan voor afsluiten tunnel R16/N14. Een omleiding wordt voorzien over het kruispunt. Dit verdient speciale aandacht.”

Bijlage 1 bij het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan bestaat uit een “invulformulier voor VC [veiligheidscoördinator] inzake beoordeling al dan niet verhoogde projectgebonden risico’s te voegen bij de offerte” (hierna: “invulformulier inzake de beoordeling van de verhoogde projectgebonden risico’s”). Dit formulier, dat de referentie WA/OND/D100/2021/7 draagt en dat gedeeltelijk is ingevuld door de veiligheidscoördinator-ontwerp, dient verder aangevuld te worden door de inschrijver en, overeenkomstig de hiervoor aangehaalde bepaling van het bestek, bij zijn offerte te worden gevoegd.

Uit de door de veiligheidscoördinator ingevulde gegevens, die betrekking hebben op de specifieke veiligheidsmaatregelen die in het kader van de uitvoering van de te gunnen opdracht vereist zijn, blijkt dat het gaat om maatregelen die verband houden met de specifieke signalisatie die vereist is bij de omlegging van het verkeer bij werken aan de tunnel onder het kruispunt R16/N14.

Het invulformulier bevat in dit verband de volgende toelichting, met vragen van de veiligheidscoördinator-ontwerp om informatie over bepaalde werkzaamheden (rubrieken 1.1 en 2.1) en met bijhorende ruimte voor het verstrekken door de inschrijver van die informatie (rubrieken 1.2 en 2.2):

“1. Overeenkomstig art. 30, tweede lid, 1°, van het KB van 25 januari 2001 [betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen] acht de

coördinator-ontwerp het noodzakelijk dat de inschrijver nauwkeurige informatie geeft over de wijze waarop hij/zij de onderstaande werken wil uitvoeren opdat de maatregelen bepaald in het veiligheids- en gezondheidsplan daadwerkelijk kunnen worden toegepast, meer bepaald de volgende elementen:

1.1. Werkzaamheden waarvan de coördinator-ontwerp het noodzakelijk acht dat de inschrijver zijn uitvoeringswijze nauwkeurig beschrijft (in te vullen door de veiligheidscoördinator-ontwerp)		1.2. Uitvoeringswijze inschrijver inclusief de voorgestelde preventiemaatregelen (bij invulling van luik 1.1 door veiligheidscoördinator-ontwerp verplicht in te vullen door de inschrijver)
1.	Element/post: wegomlegging, versperring doorgang tunnel R16/N14 Verduidelijking/reden: Op welke wijze zal deze signalisatie beheerst worden qua juistheid en volledigheid in overeenstemming met de verleende vergunning.	
2.	Element/post: Verduidelijking/reden:	
...		

2. Overeenkomstig art. 30, tweede lid, 2°, van het KB van 25 januari 2001 voegt de inschrijver een afzonderlijke prijsberekening toe in verband met de in luik 1.2 hierboven vermelde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen.

Deze prijsberekening moet de opdrachtgever in staat stellen na te gaan of de voorgeschreven preventiemaatregelen en -middelen voorzien zijn, en om het normale karakter van de prijzen ervan te beoordelen.

De kostprijs van alle preventiemaatregelen en -middelen dient inbegrepen te zijn in de totale inschrijvingsprijs.

2.1. Werkzaamheden waarvoor de inschrijver de kostprijs van zijn voorgestelde preventiemaatregelen dient te berekenen (Korte omschrijving in te vullen door de veiligheidscoördinator-ontwerp – ALLE onderdelen uit luik 1.1 dienen hierin opgenomen te worden!)	2.2. Prijsberekening van de voorgestelde preventiemaatregelen (bij invulling van luik 2.1 door veiligheidscoördinator-ontwerp verplicht in te vullen door de inschrijver – ALLE onderdelen uit luik 1.2 dienen hierin opgenomen te worden!)
1.	Het beheersen van de

	werf- en wegsignalisatie		”
2.			
...			

3.3.3. Bij het bestek zijn ook twee offerteformulieren als bijlage gevoegd, het ene voor perceel 1, het andere voor perceel 2. Beide formulieren bevatten de volgende clausule:

“K. Veiligheids- en gezondheidsplan

De inschrijver verklaart dat bij de uitvoeringsmethode rekening zal gehouden worden met de veiligheidsmaatregelen vermeld in het VGP (Standaard Veiligheids- en Gezondheidsplan en Bijzonder Veiligheids- en Gezondheidsplan) en dat de risico-analyse zal aangevuld worden rekening houdend met de door hem ingezette middelen.

De inschrijver dient de door hem gekozen (en in offerte aangeboden) uitvoeringswijze incl. preventiemaatregelen te beschrijven voor de elementen bepaald door de veiligheidscoördinator-ontwerp, door het invullen van het aangeboden document door de veiligheidscoördinator (bijgevoegd bij het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan met als benaming ‘WA-OND-D100-2021-7_INVULFORMULIER VOOR VC’).”

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 25 januari 2022. Negen offertes zijn ingediend, onder meer door de verzoekende partij en door de nv ABOG.

De verzoekende partij heeft aan haar offerte een bijlage toegevoegd onder het opschrift “Hoofdstuk 4: Rubriek K (Veiligheids- en gezondheidsplan)”. Deze bijlage bevat een aantal stukken, waaronder het hiervoor genoemde formulier inzake de verhoogde projectgebonden risico’s. In rubriek 1.2 heeft de verzoekende partij het volgende ingevuld: “Zie bijlage hoofdstuk 4”; in rubriek 2.2 heeft zij het volgende ingevuld: “Zie bijlage hoofdstuk 4 (afzonderlijke prijsberekening)”.

3.5. Op 11 maart 2022 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Onder een titel “4.4 VGM-voorwaarden”, die handelt over de veiligheids- en gezondheidsmaatregelen, vermeldt het gunningsverslag dat een

aantal inschrijvers, waaronder de gekozen inschrijver, de documenten naar voldoening hebben bezorgd. Met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij bevat het verslag de volgende beoordeling:

“- De uitvoeringswijze van de veiligheidsmaatregelen werd niet beschreven.

- Er wordt verwezen naar bijlage 4. In bijlage 4 staat niets beschreven ivm werfwegsignalisatie.

- Er werd geen kostprijsberekening van de veiligheidsmaatregelen toegevoegd.

Het betreft hier een essentieel element (veiligheid/VGP) van de offerte dat ontbreekt. Gelet op het essentiële karakter is het niet mogelijk deze informatie op te vragen. Rekening houdende met het gegeven dat het een essentieel element van de offerte betreft, alsook rekening houdende met de vergelijking van de offertes, geeft het ontbreken van de kostprijsberekening en het ontbreken van de wijze van uitvoering, in deze context aanleiding tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte op basis van art. 76 §1, lid 3 en §1, lid 4, 3° KB Plaatsing. De offerte van Krinkels nv wordt aldus onregelmatig verklaard.”

In het verslag wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv ABOG.

3.6. Op 1 april 2022 beslist de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken, namens de Vlaamse regering, “gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals [in het gunningsverslag] omstandig beschreven, [...] de opdracht voor ‘Groen- en netheidsonderhoud op de gewest- en autosnelwegen in de afdeling Antwerpen Perceel 2: VVR Kempen noord’ [te gunnen] aan Abog nv, voor de eenheidsprijzen uit de offerte en de meetstaat.”

Dit is de bestreden beslissing.

Op 8 april 2022 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de motieven om haar offerte te weren met een uittreksel uit de gemotiveerde gunningsbeslissing.

IV. Tussenkost

4. De nv ABOG blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

6. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), en van het proportionaliteitsbeginsel.

De verzoekende partij voert in essentie aan dat het niet “passend en noodzakelijk” kan zijn voor de verwezenlijking van de veiligheidsdoelstellingen om haar offerte voor perceel 2 onregelmatig te verklaren omwille van het ontbreken van een nota betreffende de veiligheidsmaatregelen voor de wegomlegging en de versperring doorgang tunnel R16/N14, en betreffende de kosten van deze maatregelen, wanneer deze tunnel niet in perceel 2

is opgenomen. De verwerende partij heeft derhalve het proportionaliteitsbeginsel geschonden.

Zij licht toe dat de opdracht is verdeeld in twee percelen. De blokkering van de doorgang door de R16/N14-tunnel betreft alleen perceel 1. Haar offertes voor zowel perceel 1 (niet in het geding) als perceel 2 worden onregelmatig bevonden wegens het ontbreken van details over de uitvoering van veiligheidsmaatregelen voor deze tunnel. Voor perceel 2, dat “totaal geen verband houdt” met de bedoelde tunnel, is het hanteren van de voornoemde onregelmatigheid “buiten alle proporties”.

7. De verwerende partij voert in haar nota in de eerste plaats aan dat een aanbestedende overheid geen discretionaire bevoegdheid heeft wanneer zij een substantiële onregelmatigheid vaststelt, zodat het evenredigheidsbeginsel geen rol speelt. De aanbestedende overheid was immers verplicht om in geval van een substantiële onregelmatigheid de offerte als nietig te beschouwen.

Zij merkt op dat het aanvullen van het formulier in verband met de door de veiligheidscoördinator vermelde preventiemaatregelen in het bestek werd aangemerkt als een substantieel vereiste, en dat de verzoekende partij niet betwist dat in het door haar ingevulde formulier weliswaar wordt verwezen naar een “bijlage hoofdstuk 4”, doch dat een dergelijk stuk ontbreekt.

Voor zover de verzoekende partij beweert dat rubriek 1.1 enkel zou gelden voor perceel 1 en niet voor perceel 2, wijst de verwerende partij erop dat de verzoekende partij de voorgedrukte tekst voor perceel 2 niet in vraag heeft gesteld en zij zelf onder rubriek 1.1 heeft verwezen naar een bijlage, “waaruit men kan afleiden dat zij zelf oordeelde dat deze rubriek wel degelijk van toepassing was ook voor perceel 2”. In elk geval, zo vervolgt de verwerende partij, is deze discussie niet relevant, “omdat ook voor rubriek 2.1 van het voornoemde document inzake de prijsberekening verzoekende partij verwijst naar een bijlage die niet aanwezig is”. Volgens de verwerende partij heeft de beoogde prijsberekening niet de tunnel R16/N14 als voorwerp, maar wel “het beheersen van de werf- [en] wegsignalisatie”, waarbij de inschrijver “ook” de onderdelen uit luik 1.1 moet opnemen. Het ontbreken van enige prijsberekening was op zich reeds een afdoende reden om de offerte substantieel onregelmatig te verklaren.

8. De tussenkommende partij sluit zich in haar verzoekschrift tot tussenkomst aan bij het standpunt van de verwerende partij.

Zij merkt bijkomend op dat de tunnel R16/N14 de N14 betreft, die onder de ring R16 van Lier gaat. Die tunnel ligt in de zone Lier, en valt als zodanig in perceel 1 (Antwerpen oost). De zone Lier paalt aan de zone Nijlen, die in perceel 2 (Kempen noord) valt, en waarin de N14 ook is opgenomen. De tussenkommende partij doet gelden dat het bestek uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid dat de te behandelen gewestwegen in de loop van de opdracht wijzigingen ondergaan. In die zin is het volgens haar niet uitgesloten dat de uitvoering van het groen- en netheidsonderhoud van de tunnel R16/N14 naar perceel 2 overgeheveld wordt.

Gelet op deze omstandigheid kan volgens haar niet worden gesteld dat het “disproportioneel” of “niet passend en niet noodzakelijk voor de verwezenlijking van de veiligheidsdoelstellingen” zou zijn dat ook aan de inschrijver voor perceel 2 gevraagd wordt om de veiligheidsmaatregelen voor de tunnel R16/N14 te beschrijven en te begroten.

Ten slotte voert zij aan dat de aanbestedende overheid hoe dan ook discretionair bepaalt welke bepalingen van het bestek zij essentieel acht. In het licht van de voormelde wijzigingsclausule is het niet kennelijk onredelijk dat de opdrachtgever het aanbrengen van de in het invulformulier inzake de beoordeling van de verhoogde projectgebonden risico's gevraagde informatie als een essentieel element voor de beide percelen beschouwt. Bijgevolg is de toepassing van de sanctie van de substantiële onregelmatigheid voor perceel 2 ook niet onevenredig.

Beoordeling

9. Volgens de motieven van het gunningsverslag wordt de offerte van de verzoekende partij voor perceel 2 substantieel onregelmatig verklaard op grond, enerzijds, dat de uitvoeringswijze van de veiligheidsmaatregelen niet werd beschreven, en anderzijds, dat geen kostprijsberekening van de veiligheidsmaatregelen werd toegevoegd. Het gaat volgens de verwerende partij om “een

essentieel element” van de offerte. Het ontbreken van die elementen geeft aanleiding tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte op grond van artikel 76, § 1, derde lid, en vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

10. De voormelde bepalingen van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luiden:

“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° [...];

2° [...];

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

Artikel 76, § 3, van hetzelfde besluit bepaalt dat, wanneer zoals te dezen gebruik wordt gemaakt van een openbare procedure, de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig verklaart.

11. In het bestek wordt bepaald dat het invulformulier inzake de beoordeling van de verhoogde projectgebonden risico's, gevoegd als bijlage bij het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan “op straffe van substantiële onregelmatigheid” aangevuld moet worden met “de beschrijving van de uitvoeringswijze incl. de voorgestelde preventiemaatregelen (luik 1.2) en de kostprijsberekening voor betreffende preventiemaatregelen (luik 2.2) voor de door de veiligheidscoördinator-ontwerp vermelde werkzaamheden (luiken 1.1 en 2.1)”.

In luik 1.1 heeft de veiligheidscoördinator-ontwerp de tunnel R16/N14 vermeld, en heeft hij gepreciseerd dat de inschrijver moet aangeven hoe hij de signalisatie zal uitvoeren die gepaard gaat met de wegomlegging en het versperren van de doorgang door die tunnel. In luik 1.2 gaat het om de

werkzaamheden waarvoor de inschrijver de kostprijs van de door hem voorgestelde preventiemaatregelen dient te berekenen. Ten behoeve van de veiligheidscoördinator-ontwerp bevat het formulier de verduidelijking dat deze hier “alle onderdelen uit luik 1.1” moet opnemen. De veiligheidscoördinator-ontwerp zelf heeft in luik 1.2 melding gemaakt van “het beheersen van de werf- [en] wegsignalisatie”. Gelet op de band die in luik 1.2 gelegd wordt met luik 1.1, gaat de Raad van State er voorshands van uit dat, in zoverre de veiligheidscoördinator-ontwerp het in luik 1.2 heeft over signalisatiewerkzaamheden, het enkel gaat om werken voor de signalisatie waarvan ook reeds sprake is in luik 1.1.

De Raad van State valt voorshands dan ook niet de uitlegging van de verwerende partij bij, volgens welke het luik 2.2 betrekking heeft, niet op de signalisatie in verband met de tunnel RA6/N14, maar op het beheersen van de werf- en wegsignalisatie in het algemeen, daarin begrepen (“ook”) de signalisatie in verband met de voornoemde tunnel.

12. In het door haar ingevulde formulier verwijst de verzoekende partij in de door haar in te vullen luiken 1.2 en 2.2 telkens naar een “bijlage hoofdstuk 4”. De Raad van State merkt op dat het stuk met alle bijlagen in verband met de veiligheids- en gezondheidsmaatregelen, door de verzoekende partij gevoegd als bijlage bij haar offerte, als opschrift draagt: “Hoofdstuk 4: Rubriek K (Veiligheids- en gezondheidsplan)”. Die bijlage bevat onder meer het ingevulde formulier in verband met de veiligheidsmaatregelen voor de verhoogde projectgebonden risico’s, dat hier besproken wordt. De verzoekende partij betwist niet dat bij dat formulier geen afzonderlijke bijlage gevoegd is onder het opschrift “bijlage hoofdstuk 4” of onder enig ander opschrift.

Het is niet duidelijk of de verzoekende partij per vergissing verwezen heeft naar een niet-bestaande “bijlage hoofdstuk 4”, dan wel of zij nagelaten heeft een zodanige bijlage bij haar offerte te voegen. Wat er ook van zij, feit is dat de verzoekende partij geen concrete informatie geeft in verband met de wijze waarop zij de signalisatiewerken voor de wegomlegging en de versperring van de doorgang aan de tunnel R16/N14 wil uitvoeren (luik 1.2), noch een prijsberekening geeft voor de bedoelde signalisatiewerken (luik 2.2).

13. In het gunningsverslag wordt geoordeeld, op grond van artikel 76, § 1, derde lid, en vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dat het ontbreken van die gegevens tot gevolg heeft dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is en dat ze dus nietig verklaard moet worden. Het gaat immers om gegevens die essentieel zijn, gelet op het feit dat ze “op straffe van substantiële onregelmatigheid” van de inschrijving bij de offerte moesten worden gevoegd.

De verzoekende partij voert hier tegen aan dat het onregelmatig verklaren van haar offerte voor perceel 2, wegens het ontbreken van details over de uitvoering van werken die niet in dat perceel zijn opgenomen, niet passend en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefte doelstellingen.

14. Het evenredigheidsbeginsel wordt inzake overheidsopdrachten uitdrukkelijk gehuldigd in artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016. Naar luid van die bepaling behandelen de aanbesteders de ondernemers “op gelijke en niet-discriminerende wijze” en handelen zij “op een transparante en proportionele wijze”. Die bepaling vormt de quasi-letterlijke omzetting in het interne recht van artikel 18, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG’.

Volgens het evenredigheidsbeginsel mogen de regels die door de lidstaten van de Europese Unie of door aanbestedende diensten worden opgesteld om uitvoering te geven aan richtlijn 2014/24/EU niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van de richtlijn (zie, o.m., HJEU, 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, punt 155; HJEU, 6 oktober 2021, Conacee, C-598/19, punt 42). Bovendien mogen de door de lidstaten getroffen maatregelen niet buiten de grenzen treden van hetgeen geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich meebrengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het

nagestreefde doel (zie, o.m., HJEU, 21 juli 2011, Azienda Agro-Zootecnica Franchini en Eolica di Altamura, C-2/10, punt 73; HJEU, 28 mei 2020, ECO-WIND Construction, C-727/17, punt 81).

Te dezen betwist de verzoekende partij de vaststelling in het gunningsverslag dat haar offerte voor perceel 2 substantieel onregelmatig is. Zij voert aan dat de verwerende partij geen rekening mocht houden met een vereiste dat geen betrekking had op het voorwerp van de opdracht voor dat perceel. Zij betwist aldus de toepassing die de verwerende partij maakt van de besteksbepaling in verband met de verplichting om het formulier inzake de beoordeling van de verhoogde projectgebonden risico's in te vullen, en zij doet dat met een beroep op het evenredigheidsbeginsel.

15. Er wordt niet betwist dat de tunnel R16/N14, de enige post waaromtrent de veiligheidscoördinator-ontwerp het nodig vond dat de inschrijvers bijkomende informatie zouden geven, gelegen is in het gebied bestreken door perceel 1 (Antwerpen oost), niet in dat van perceel 2 (Kempen noord). Die tunnel heeft dus, zoals de verzoekende partij aanvoert, op het eerste gezicht niets te maken met de werkzaamheden die vervat zijn in de opdracht waarvoor inschrijvers voor perceel 2 zich kandidaat stellen.

In dit verband moet opgemerkt worden dat het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan, blijkens de identificering aan het begin van dit document, geldt voor de percelen 1 en 2. Het bijgevoegde invulformulier inzake de beoordeling van de verhoogde projectgebonden risico's, zoals ingevuld door de veiligheidscoördinator-ontwerp en aan te vullen door de inschrijvers, heeft blijkens de identificering aan het begin van dit document betrekking op het “groen- en netheidsonderhoud op de gewest- en autosnelwegen in vervoersregio's Antwerpen oost en Kempen noord”, dit wil zeggen eveneens op de beide percelen 1 en 2. In de rubrieken 1.1 en 2.1, door de veiligheidscoördinator ingevuld met de enkele verwijzing naar signalisatiemaatregelen bij de tunnel R16/N14, wordt niet gepreciseerd of die rubriek enkel geldt voor de inschrijvers voor perceel 1, dan wel voor de inschrijvers voor zowel perceel 1 als perceel 2.

Noch in het bestek, noch in het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan, noch in het invulformulier inzake de beoordeling van de verhoogde projectgebonden risico's, wordt uitgelegd waarom de informatie in verband met de tunnel R16/N14 nodig zou zijn voor de beoordeling van de offertes voor perceel 2. Voor de inschrijvers voor dat perceel lijkt dat ook niet meteen duidelijk geweest te zijn. Uit de door die inschrijvers gevoegde invulformulieren, die weliswaar betrouwbaar zijn maar die de Raad bij zijn beoordeling mag betrekken, blijkt immers dat zij dit formulier allerm minst op uniforme wijze hebben ingevuld. De meeste inschrijvers lijken slechts één formulier te hebben ingevuld dat zij zowel voor perceel 2 als voor perceel 1 bij hun respectieve offerte voegden. Sommige inschrijvers gaven enkel informatie met betrekking tot de tunnel, anderen in verband met de controle op de wegsignalisatie in het algemeen. Eén of meer inschrijvers schreven dat de rubrieken 1.2 en 2.2 voor perceel 2 niet van toepassing waren.

De Raad van State neemt akte van het argument van de tussenkomende partij, volgens hetwelk die informatie ook relevant was voor de beoordeling van de offertes voor perceel 2 aangezien het niet uitgesloten is dat het groen- en netheidsonderhoud van de tunnel R16/N14 in de loop van de opdracht uitgevoerd zou moeten worden door de inschrijver die gekozen is voor perceel 2. Dit argument overtuigt niet. De besteksbepaling waarop de tussenkomende partij zich beroept, heeft betrekking op mogelijke wijzigingen die de te behandelen gewestwegen kunnen ondergaan, niet op mogelijke wijzigingen in de samenstelling van de percelen. Bovendien, en vooral, wijst niets erop dat de door de tussenkomende partij gesignaleerde mogelijkheid de reden is geweest voor de verwerende partij om de informatie in verband met de tunnel R16/N14 relevant te achten voor de beoordeling, in het licht van het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan, van de offertes voor perceel 2.

16. Gelet op het voorgaande, is de Raad van State in het kader van de schorsingsprocedure niet ervan overtuigd dat de beslissing om de offerte van de verzoekende partij voor perceel 2 als substantieel onregelmatig te beschouwen, en vervolgens nietig te verklaren, geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstellingen die met de betrokken besteksbepaling en het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan worden nagestreefd.

Die beslissing komt integendeel als onevenredig voor.

VII. Besluit

17. Het middel is ernstig. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv ABOG tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken van 1 april 2022 om de opdracht voor groen- en netheidsonderhoud op de gewest- en autosnelwegen in de afdeling Antwerpen, perceel 2 (vervoerregio Kempen noord), te gunnen aan de nv ABOG.

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

Paul Lemmens,
bijgestaan door

Vera Wauters,

De griffier

Vera Wauters

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Paul Lemmens