

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 255.386 van 23 december 2022
in de zaak A. 237.803/XII-9289**

In zake: de NV FRANKI CONSTRUCT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Van der Veken
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Amerikalei 182
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Sven Frankard
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BV STADSBADER CONTRACTORS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters en Geert Van Engelm
kantoor houdend te 2600 Antwerpen-Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 november 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse Gewest van 14 november 2022 (lees: 10 november 2022) waarbij de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘Aanleg Fietsbrug N75 x Sparrendal te Dilsen-Stokkem’

gegund wordt aan de bv Stadsbader Contractors, en niet aan de nv Franki Construct.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 12 december 2022 heeft de nv Stadsbader Contractors gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 december 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Filip Van der Veken en Ali Mohibbi, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Sven Frankard, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende partij, 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 werken met als voorwerp ‘Aanleg Fietsbrug N75 x Sparrendal te Dilsen-Stokkem’.

De opdracht is onderverdeeld in een vast en voorwaardelijk gedeelte:

“- Vast gedeelte:

Deelopdracht 1: Voorbereiding en studie

Dit omvat in hoofdzaak: Opmaak planning

Berekening brugconstructie

Opmaak uitvoeringsplannen

Deelopdracht 2: Uitvoering der werken op het terrein

- Voorwaardelijk gedeelte:

Deelopdracht 3: Bijkomend archeologisch onderzoek ‘Opgravingen’

Dit omvat bijkomend archeologisch onderzoek indien dit nodig blijkt uit het vooronderzoek.”

Er wordt geopteerd voor een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

3.2. De opdracht wordt op 12 augustus 2022 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen, met wijzigingsberichten op 24 augustus 2022 en 12 september 2022.

3.3. Het toepasselijke bijzonder bestek (WL/INV/N75/3/U1) bepaalt dat, naast de wettelijke en reglementaire voorschriften, onder meer de volgende documenten van toepassing zijn: de standaardbestekken 250, 260 en 270, “de plannen horende bij dit bijzonder bestek, de BIM-modellen, het BIM-protocol, het BIM-uitvoeringsplan en eventueel bijkomende plannen horende bij dit bestek, dit bijzonder bestek en de opmetingsstaat” (administratief gedeelte, voorschrift in verband met ‘technische specificaties’).

Het bestek voorziet ook in een voorrangsregeling inzake de opdrachtdocumenten, geldend voor de genormaliseerde posten (d.w.z. de posten die ook als zodanig voorkomen in de toepasselijke standaardbestekken) (administratief gedeelte, voorschrift in verband met “voorrangsorte opdrachtdocumenten”):

“In afwijking van Art. 80 KB [...] Plaatsing en van het Standaardbestek 250, versie 4.1 is bij genormaliseerde posten de volgende voorrangsorte bepalend voor de interpretatie in geval van tegenspraak tussen de opdrachtdocumenten:

1. de BIM-modellen, zowel voor wat betreft de geometrische als attribuutsinformatie die in deze modellen vervat zit;
 2. de plannen,
bijkomende voorrangsorte opdrachtdocumenten:
 - detailplannen hebben voorrang op algemene plannen;
 - met betrekking tot de horizontale en verticale signalisatie hebben de signalisatieplannen voorrang op de andere ontwerpplannen;
 - in geval van tegenspraak tussen de tekeningen zelf en de maten op de tekeningen, hebben de maten voorrang;
 3. het BIM-protocol;
 4. het BIM-uitvoeringsplan;
 5. de samenvattende opmeting;
 6. het bestek.
- [...]

Naar aanleiding van het rectificatiebericht van 24 augustus 2022 is een bundel plannen ter beschikking gesteld. Een van deze plannen is het plan ‘IN80002-IM3D8G O 35779 00: Detailplan grondplan en doorsnede structuur’. Dat plan is een overzichtplan, dat onder meer een aantal doorsnedes bevat. In een tabel op het plan wordt toelichting verschaft bij de tekeningen. Die toelichting bevat onder meer de volgende waarschuwing: “Alle aangegeven maatvoering op de tekeningen zijn theoretische maten. De aannemer dient rekening te houden met uitvoeringsaspecten en hierop alle maatvoering af te stemmen en indien noodzakelijk aan te passen in overleg met de opdrachtgever.”

Aan de kandidaat-inschrijvers zijn op een latere datum ook de BIM-modellen (modellen gemaakt met toepassing van ‘Building Information Modeling’-software) meegedeeld. In een e-mail van 15 september 2022 aan de verzoekende partij schreef de verwerende partij: “Let wel op, deze modellen zijn in deze fase nog louter informatief. In de startfase van de opdracht zullen mogelijks

nog een bijgewerkte versie van de reeds gedeelde ontwerpmodellen of nieuwe deelmodellen ter beschikking gesteld worden van de opdrachtnemer.”

3.4. Twee inschrijvers dienen een offerte in: de nv Franki Construct en de bv Stadsbader Contractors.

3.5. Op 23 september 2022 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij om een prijsverantwoording voor post 198 (“leuning uit cortenstaal en roestvaststaal volgens 32-1, met speciale oppervlaktebehandeling volgens de opdrachtdocumenten”).

Op 5 oktober 2022 bezorgt de verzoekende partij de gevraagde prijsverantwoording.

3.6. Op 3 november 2022 wordt het gunningsverslag opgesteld.

De beide inschrijvers worden geselecteerd.

Onder punt 4. ‘Regelmatigheid van de offertes’ vermeldt het gunningsverslag:

“4.2. Technische conformiteit

De offerte van Stadsbader Contractors is technisch conform.

T.a.v. de offerte van inschrijver Franki Construct wordt -naar aanleiding van de prijsverantwoording die in het kader van het prijzenonderzoek gevraagd werd- vastgesteld dat voor post 198 een prijs werd geboden voor een leuning met een tussenafstand van hart-op-hart (hoh) van 500 mm daar waar 122 mm wordt gevraagd, cfr. technische bepalingen van het bestek. De aanbesteder heeft het vermoeden dat de inschrijver de tussenafstand van 500 mm heeft afgeleid uit het ter beschikking gestelde BIM-model. Dit BIM-model bevatte geen afmetingen, men is dus zelf beginnen meten en dit terwijl eenduidig uit hoofdstuk 32-1 (1.1.1.2.A) blijkt dat men moet rekenen met een tussenafstand van 122 mm.

Post 198 betreft een niet-genormaliseerde sterpost (*), met als omschrijving leuning uit cortenstaal en roestvaststaal volgens 32-1, met speciale oppervlaktebehandeling volgens de opdrachtdocumenten.

- Doordat post 198 een niet-genormaliseerde sterpost is de voorrangsorte zoals omschreven in het bijzonder bestek, art. 80 KB Plaatsing, niet van

toepassing. Bijgevolg geldt voor het BIM-model in casu geen specifieke voorrangsvolgorde.

- De BIM-modellen m.b.t. deze opdracht werden bij de aankondiging van de opdracht niet algemeen ter beschikking gesteld, maar de mogelijkheid was er om deze op te vragen. Na opvraging, door alle inschrijvers, werden deze modellen bezorgd via e-mail. Daarbij heeft de aanbesteder de eenduidige melding gemaakt dat deze modellen louter informatief zijn en dat mogelijks nog bijgewerkte versies van de ontwerpmodellen of nieuwe deelmodellen ter beschikking gesteld zullen worden tijdens de startfase van de opdracht. De inschrijver heeft dus een risico genomen door hier afmetingen uit af te leiden i.p.v. zich te baseren op de uitdrukkelijke omschrijving van de post en de technische bepalingen van het (bijzonder) bestek.

- Het voorzien van leuningen met een afstand tussen de stijlen van 500 mm is niet veilig uitvoerbaar. Deze afstand is veel te groot en brengt, met zekerheid, een zeer belangrijk veiligheidsrisico met zich mee. De inschrijver, die een onderaannemer onder arm heeft genomen met kennis van zaken, op wiens draagkracht hij bovendien beroep doet in het kader van de kwalitatieve selectie, had moeten weten dat een dergelijke afstand niet uitvoerbaar is vanwege de veiligheidsrisico's.

- De inschrijver heeft op geen enkel moment gedurende de publicatietermijn vragen gesteld en/of aan de aanbesteder laten weten dat er hierover -in zijn hoofde- onduidelijkheid of fouten in de opdrachtdocumenten zouden voorkomen. Nochtans bepaalt artikel 81 KB Plaatsing 2017 dat fouten of leemten in de opdrachtdocumenten die de prijsberekening of de vergelijking van de offertes verhinderen onmiddellijk en tenminste tien dagen voor de uiterste indieningsdatum van de offerte aan de aanbesteder dienen te worden gemeld.

Gelet op het voorgaande is de aanbesteder van mening dat de offerte van inschrijver Franki Construct onregelmatig is. Deze onregelmatigheid biedt inschrijver Franki Construct een discriminerend voordeel en heeft tot gevolg dat de vergelijking van de offertes verhinderd wordt, alsook dat er onzekerheid bestaat over de verbintenis van de inschrijver om de opdracht uit te voeren onder de gestelde voorwaarden. Bijgevolg is de offerte van inschrijver Franki Construct substantieel onregelmatig en nietig.

[...]

4.8 Prijs- of kostenonderzoek

[...]

- M.b.t. de eenheidsprijzen

Voor dit onderzoek werden alle posten in aanmerking genomen die een gewicht van minstens 0,9% vertegenwoordigen t.o.v. de totale offerte. Vervolgens werd als drempelwaarde voor afwijkingen 25 à 30% gehanteerd voor lage prijzen en 50% voor hoge prijzen (t.o.v. de

ramingsprijzen). Als maatstaven om af te toetsen werd vervolgens rekening gehouden met de ramingsprijzen en beschikbare historische data (dus vergelijking met courant gangbare prijzen).

- Inschrijver Franki Construct

T.a.v. de offerte van inschrijver Franki zijn de volgende posten geselecteerd: 1, 10, 183 en 198.

M.b.t. posten 1, 10 en 183:

[...]

M.b.t. post 198:

In navolging van het onderzoek van deze eenheidsprijzen wordt er een prijsverantwoording gevraagd op basis van art. 36 § 2 KB Plaatsing voor de post 198. De door de inschrijver opgegeven eenheidsprijs wijkt immers aanzienlijk af (meer dan 50% lager) van de door de aanbesteder voorziene raming.

Op 05/10/2022 levert inschrijver Franki Construct een prijsverantwoording aan. Deze verantwoording heeft betrekking op post 198, betreffende leveren en plaatsen van een leuning uit cortenstaal en roestvaststaal. De inschrijver voegt, ter onderbouwing van zijn prijs, een offerte toe van zijn onderaannemer, Almex, die de leuning zal leveren. Op basis van de offerte van de onderaannemer blijkt dat de inschrijver gerekend heeft met een afstand tussen de stijlen van de leuning van hart-op-hart (hoh) van 500 mm. In het bestek, technische bepalingen, wordt echter een tussenafstand van 122 mm gevraagd.

Zoals hoger vermeld, leidt deze vaststelling tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. Zelfs als inschrijver Franki Construct in zijn offerte toch rekening zou hebben gehouden met een tussenafstand van 122 mm -quod non- zou dit leiden tot een abnormaal lage prijs voor post 198, dewelke niet verantwoord wordt door de inschrijver Franki Construct. Aangezien post 198 17,79% van de opdracht vertegenwoordigt, betreft het geen verwaarloosbare post en zou dit eveneens leiden tot de substantiële onregelmatigheid en nietigheid van de offerte van Franki Construct.

- Inschrijver Stadsbader Contractors

[...]

● Conclusie

Bovenstaande analyse toont aan dat er geen abnormale totaalprijzen of eenheidsprijzen werden [vastgesteld] m.b.t. de offerte van inschrijver Stadsbader. Deze offerte wordt prijstechnisch regelmatig beschouwd.

De offerte van inschrijver Franki Construct wordt onregelmatig verklaard. Uit de prijsverantwoording blijkt dat er een leuning werd aangeboden die niet conform de besteksvoorschriften is en bijgevolg de offerte niet technisch conform is.”

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de bv Stadsbader Contractors.

3.7. Op 10 november 2022 gunt de Administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en Verkeer de opdracht aan de bv Stadsbader Contractors, “gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals hierboven omstandig beschreven”.

Met een aangetekend schrijven van 14 november 2022 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte onregelmatig is bevonden. Een uittreksel van de gemotiveerde gunningsbeslissing is bijgevoegd.

IV. Tussenkost

4. De bv Stadsbader Contractors 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

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 80 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), artikel 53 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), het gelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

6.1. Zij licht toe dat voor de brugleuning een BIM-model werd opgesteld, waaruit zou blijken – “als men de berekening maakt van het aantal bolletjes over een gegeven afstand” – dat de afstand tussen de leuningstijlen 500 mm bedraagt. Eenzelfde redenering volgt uit het ‘bestekplan IN80002-IM3D8G O 35779 00: Detailplan grondplan en doorsnede structuur’. De plannen worden volgens de verzoekende partij bevestigd door het BIM-model. De verzoekende partij geeft aan dat zij haar offerte heeft ingediend op basis van de plannen.

De plannen (die een afstand tussen de stijlen van 500 mm toelaten) hebben volgens de verzoekende partij voorrang op het bestek (in zoverre dit in een afstand van slechts 122 mm voorziet). De discussie omtrent het al dan niet genormaliseerd zijn van post 198 is volgens haar irrelevant, nu de plannen in ieder geval primeren op het bestek: indien het gaat om een genormaliseerde post, volgt de voorrang uit de besteksbepaling in verband met de voorrangsorte van de opdrachtdocumenten; indien het gaat om een niet-genormaliseerde post, volgt de voorrang uit artikel 80 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

6.2. De verzoekende partij voert voorts aan dat artikel 53 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat de aanbestedende overheid de technische specificaties in de opdrachtdocumenten moet voorschrijven. Tot de ‘technische specificaties’ behoren, volgens artikel 2, 44°, van de wet, onder meer de afmetingen. In het bestek wordt het aantal leuningstijlen echter niet vermeld; dat aantal blijkt wel uit de plannen.

De verzoekende partij betwist dat dit aantal leuningstijlen, van belang voor de structuur van de leuning, betrekking heeft op de studie van de leuning. De opvatting van de verwerende partij dat het aantal stijlen een onderdeel zou zijn van de studie van de leuning druist volgens haar in tegen artikel 53 van de wet overheidsopdrachten 2016.

6.3. De verzoekende partij voert ook nog aan dat de inschrijvers geen gelijke toegang hebben gehad tot de plaatsingsprocedure, “nu de vereisten inzake de leuningstijlen een ongerechtvaardigde belemmering vormen in hoofde van de verzoekende partij”. De verzoekende partij voert meer specifiek aan dat, wat post 198 betreft, “[zij] is uitgegaan van een vaststaande hoeveelheid, terwijl de andere inschrijver zou zijn uitgegaan van leuningstijlen die in hoeveelheid variabel zouden zijn”. Aldus is volgens haar het gelijkheidsbeginsel geschonden.

6.4. Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat de aanbestedende overheid zich op grond van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* moet houden aan de voorschriften die zij heeft neergelegd in de plannen, het bestek en de andere opdrachtdocumenten. In dit geval hebben de plannen, bevestigd door het BIM-model, niet alleen voorrang op het bestek, maar het bestek houdt bovendien geen vermelding in van de hoeveelheden leuningstijlen.

Het benadrukken van het veiligheidsaspect in het gunningsverslag verandert niets aan het feit dat de offerte van de verzoekende partij in overeenstemming is met de plannen en het BIM-model.

Beoordeling

Over de aangevoerde miskening van de orde van voorrang inzake de opdrachtdocumenten

7. De verzoekende partij betwist niet dat zij voor haar berekeningen rekening heeft gehouden met een hart-op-hart afstand van 500 mm tussen de stijlen van de leuning. Zij voert aan dat zij zich daarvoor met recht heeft gesteund op het besteksplan “detailplan grondplan en doorsnede structuur”, dat in dit opzicht bevestigd is door het BIM-model. Zij voert aan dat dit plan te dezen

voorrang heeft op het bijzonder bestek, in zoverre dit voorziet in een hart-op-hart afstand van 122 mm.

Voor het onderzoek van dit onderdeel van het middel zal de Raad van State in de eerste plaats nagaan wat er in het standaardbestek en het bijzonder bestek bepaald is in verband met de afstand tussen de stijlen. Vervolgens zal nagegaan worden of het plan waarop de verzoekende partij gesteund heeft, afwijkt van de bestekken. Indien het antwoord op die laatste vraag bevestigend is, rijst de vraag naar de eerbiediging door de verwerende partij van de te dezen toepasselijke voorrangsregeling.

8. In verband met de technische voorschriften die zijn terug te vinden in het standaardbestek 260 voor kunstwerken en waterbouw (versie 2.0 van 2018, met errata en aanvullingen van 2021) wordt in het bijzonder bestek, onder punt B van het technisch gedeelte, de volgende algemene toelichting verstrekt:

“De technische bepalingen zijn opgesteld op basis van het Standaardbestek 260 voor Kunstwerken en Waterbouw (versie 2.0). De bepalingen van bovenvermelde standaardbestekken zijn integraal van toepassing op de opdracht. Onderhavig bijzonder bestek bevat uitsluitend verduidelijkingen, aanvullingen en wijzigingen van de standaardbestekteksten en moet daarom steeds samen met de standaardbestekteksten gelezen worden.”

Hierna zal dan ook rekening worden gehouden met de bepalingen van het bijzonder bestek en met die van het standaardbestek 260, in zoverre van dat laatste bestek niet afgeweken wordt in het bijzonder bestek.

8.1. Hoofdstuk 21 van het standaardbestek 260 heeft als opschrift: ‘Ontwerp, studie en berekeningsnota’s’. Deel 4 van dat hoofdstuk heeft als opschrift: ‘Inhoud van de studie/te bestuderen onderdelen/fasen/belastingen/combinaties’. Onderdeel 4.2 heeft betrekking op bruggen. Punt 4.2.1 geeft een opsomming van de onderwerpen die kunnen behoren tot de studie van de opdrachtnemer; onder punt 4.2.1.3 worden onder meer de leuningën vermeld. Onderdeel 4.8 gaat voorts specifiek over leuningën. Punt 4.8.1 luidt als volgt:

“4.8.1. Leuningën op publiek toegankelijke plaatsen

Voor leuning op plaatsen die voor het publiek toegankelijk zijn, gelden de volgende bepalingen.

De leuning voldoet aan de minimumbelasting van 1 kN/m, gespecificeerd in 4.8, opmerking 2 van NBN EN 1991-2 NL:2013.

Voor het plaatselijk nazicht van de onderdelen van de leuning worden een horizontale puntlast $Q_k = 0,5$ kN en een verticale puntlast $Q_k = 1$ kN in aanmerking genomen. Deze belastingen treden niet gelijktijdig op.

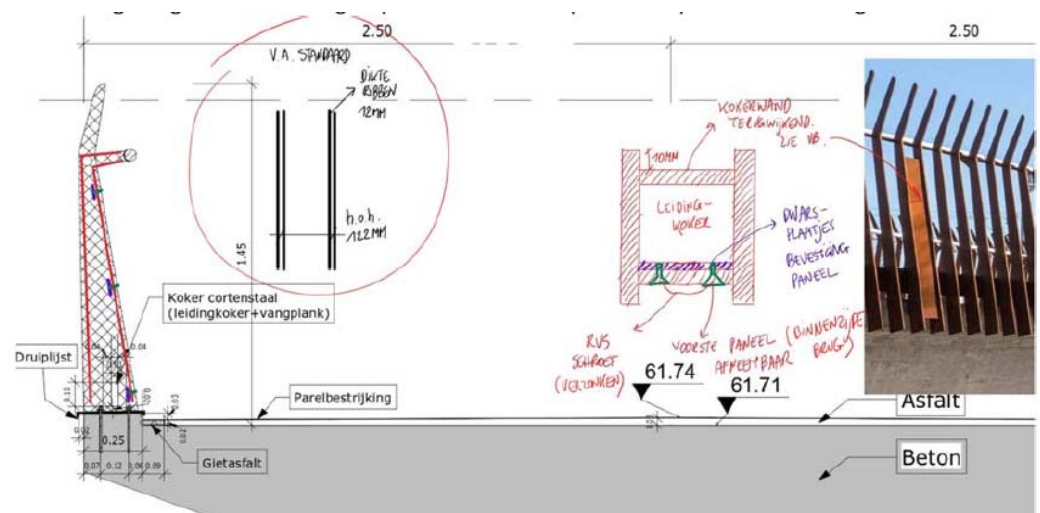
De leuning als geheel wordt zo opgevat dat er geen enkele opening voorkomt waardoor een bol met 100 mm diameter, onderworpen aan een kracht $Q_k = 0,5$ kN ter hoogte van haar middelpunt, kan worden doorgedrukt.

Voor leuning met gesloten panelen wordt de windbelasting en indien van toepassing de belasting door stuwdruk vanwege een onderdoor passerende trein in rekening gebracht.”

Het bijzonder bestek bepaalt, onder de technische voorschriften in verband met hoofdstuk 21, punt 4.2.1.3, van het standaardbestek 260, dat de studie van de aanhorigheden en uitrusting van de brug onder meer een studie omvat van de “leuning en verankeringen volgens hieronder aangegeven onder B”. Dat punt B, ‘Studie van leuning’, bepaalt onder meer het volgende:

“B.1. Omvang van de studie

Deze studie omvat 1) de verankering van de leuning ter hoogte van de brug. 2) Het principe en (*sic*) van de leuning wordt gegeven in onderstaande figuur. 3) afstemming met de leverancier van de verlichting om geometrie handgreep af te stemmen op inbouwsysteem verlichting.



[...]

B.7. Ontwerpvorschriften

[...]

Bij het detailontwerp van de leuning houdt de opdrachtnemer bijkomend rekening met de algemeen geldende veiligheidsvoorschriften [...].”

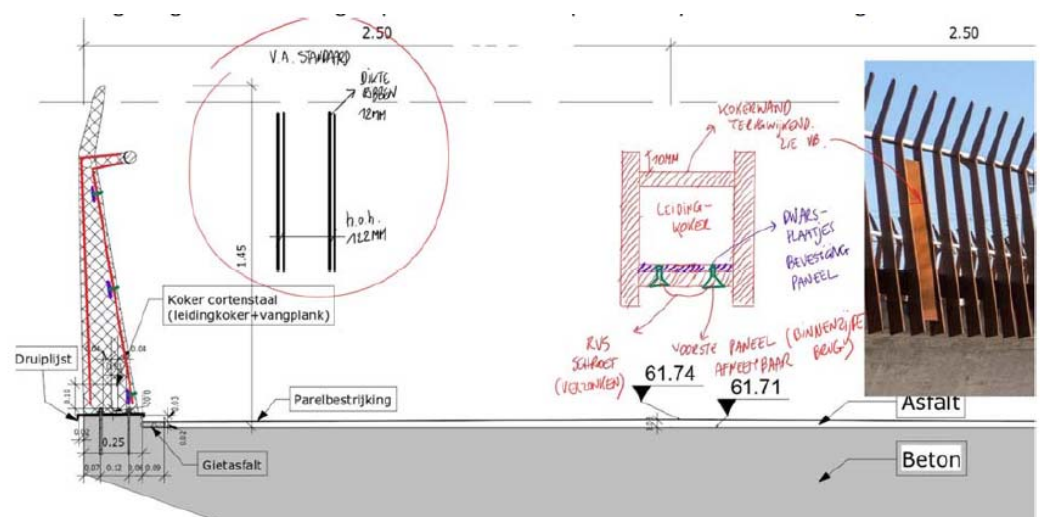
De verwerende partij en de tussenkomende partij leggen de nadruk op het feit dat op de hiervoor weergegeven figuur met de hand de volgende vermelding is aangebracht, als afstand tussen de stijlen: “h.o.h. 122 mm”.

8.2. Deel 5 van hoofdstuk 21 van het standaardbestek 260 bevat bepalingen in verband met ‘constructieve schikkingen en ontwerpbeoordelingen’. Onderdeel 5.6 gaat specifiek over leuning. Punt 5.6.2, dat betrekking heeft op ‘leuning op publiek toegankelijke plaatsen’, bepaalt onder meer: “De leuning moet voldoende dicht zijn (zie ook de bepalingen van SB 260-21-4.8.1).”

8.3. Het bijzonder bestek bepaalt voorts, onder de technische voorschriften in verband met hoofdstuk 32, punt 1.1.1.2.A, van het standaardbestek 260, het volgende:

“1.1.1.2.A. Vorm en afmetingen

De opdrachtnemer maakt een ontwerp van de leuning op basis van het hieronder voorziene principe en het bijgevoegde referentiebeeld.



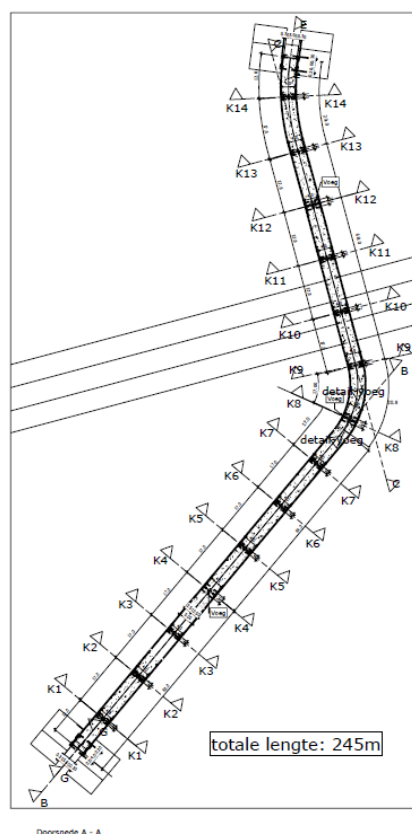
[...]”

De figuur die onder het aangehaalde punt 1.1.1.2.A van het bijzonder bestek is opgenomen, is dezelfde als die welke onder het aangehaalde punt B.1 van het bijzonder bestek is opgenomen.

9. De studie van de brug, met inbegrip van de studie van de leuning, is volgens het bijzonder bestek begrepen in post 1 (“Studie van de brug volgens 21-9.2”); de uitvoering van de leuning van de brug maakt het voorwerp uit van post 198 (“Leuning uit cortenstaal en roestvaststaal volgens 32-1, met speciale oppervlaktebehandeling: volgens opdrachtdocumenten”).

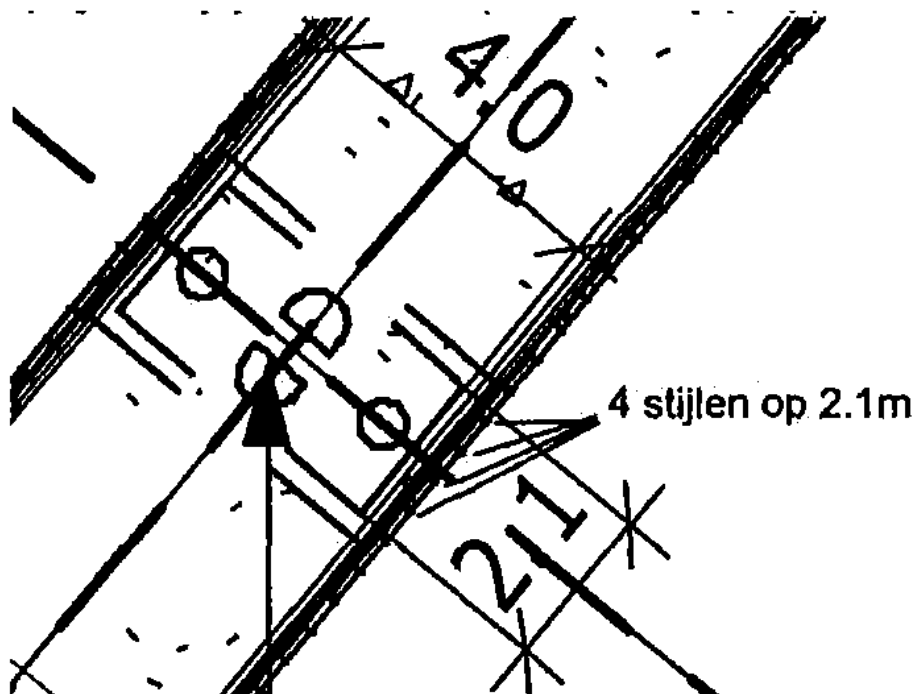
10. Bij het bestek zijn een aantal plannen gevoegd.

Het ‘detailplan grondplan en doorsnede structuur’, waarop de verzoekende partij gesteund heeft voor haar berekeningen, bevat een aantal doorsneden, gebaseerd op het BIM-model. Een van die doorsneden is de volgende:



De verzoekende partij legt uit dat zij een detail van deze doorsnede heeft uitvergroot. Zij heeft vastgesteld dat op dit detail een maataanduiding van 2,1 m is gegeven, en dat op die lengte vier bolletjes zijn aangegeven. De verzoekende partij leidt hieruit af dat die bolletjes de

leuningstijlen voorstellen, en dat de hart-op-hart afstand tussen elke leuningstijl bijgevolg 500 mm bedraagt. In haar verzoekschrift geeft zij het detail weer als volgt, met de door haar aangebrachte toevoeging “4 stijlen op 2.1 m”:



11. De verwerende partij en de tussenkomende partij voeren aan dat uit de figuur in het bestek in verband met de uit te voeren studie van de leuning volgt dat de afstand hart-op-hart tussen de stijlen 122 mm moet bedragen.

De Raad van State stelt vast, zoals ook door de verzoekende partij wordt aangevoerd, dat nergens in het bestek met zoveel woorden is bepaald welke de afstand tussen de stijlen is. Dit neemt niet weg dat de bewuste figuur, die tweemaal in het bijzonder bestek voorkomt, een aanduiding in die zin bevat. Het komt de Raad van State in de huidige stand van het geding voor dat de aldus aangegeven afstand wel degelijk een voorschrift vormt van het bestek.

Met die afstandsbepaling wijkt het bijzonder bestek licht af van punt 4.8.1 van hoofdstuk 21 van het standaardbestek 260, dat in een afstand van 100 mm voorziet. Een dergelijke afwijking is echter niet verboden.

12. Vervolgens rijst de vraag of het ‘detailplan grondplan en doorsnede structuur’ op het punt van de afstand tussen de stijlen afwijkt van het voornoemde voorschrift van het bestek, zoals door de verzoekende partij wordt aangevoerd. Op dit punt is de Raad van State in de huidige stand van het geding niet overtuigd door de argumentatie van de verzoekende partij.

12.1. In de eerste plaats spreekt het geenszins vanzelf dat uit het bedoelde detailplan, dat een onderdeel is van een overzichtsplan, wel een afstandsvoorschrift afgeleid zou kunnen worden.

Het plan zelf bevat geen enkele uitdrukkelijke aanwijzing in verband met de afstand van de stijlen van de leuning. Het is enkel door het uitvergroten van een detail van het plan (de verwerende partij spreekt van een uitvergroting tot 400%) en door een eigen extrapolatie van een bepaalde op het plan afgegeven afstand (2,1 m) naar een afstand tussen de stijlen (op basis van een aantal streepjes binnen de afstand van 2,1 m), dat de verzoekende partij komt tot de afstand van 500 mm tussen de stijlen.

Die manipulatie doet een aantal vragen rijzen.

Om te beginnen zou, zoals de tussenkomenende partij terecht opmerkt, het delen van 2,1 mm door 4 moeten leiden tot een afstand van 525 mm, niet 500 mm. Dit gegeven brengt de geloofwaardigheid van de berekening in het gedrang.

Vervolgens wijst de verwerende partij erop dat het plan waarop de verzoekende partij steunt, is getekend op een schaal van 1/500. Zij legt uit dat in dat geval een werkelijke lengte van 500 mm zou resulteren in een lengte op de tekening van 1 mm. Het is volgens de verwerende partij onmogelijk om uit dergelijke afstanden op de tekening de werkelijke afstanden af te leiden. Die uitleg komt de Raad van State als geloofwaardig voor.

Voorts bevat het plan zelf de waarschuwing dat de “aangegeven maatvoering op de tekeningen” louter theoretisch is en zo nodig, in functie van uitvoeringsaspecten, door de aannemer zal moeten worden aangepast. Dit geldt

onder meer voor de aangegeven afstand van 2,1 m. Die waarschuwing maakt het moeilijk om in de afstand van 2,1 m een voorschrift te lezen, en nog moeilijker om aan te nemen dat daaruit een afstand tussen de stijlen afgeleid zou mogen worden.

Ten slotte stelt de Raad van State vast dat het bestek zelf een uitvergroot detail bevat van de tekening waarop de verzoekende partij zich beroept. In het bestek dient dat detail echter ter illustratie van het proefstuk dat de opdrachtnemer, voorafgaand aan de bouw van de brug, dient te maken (technische voorschriften in verband met hoofdstuk 25 van het standaardbestek 260, onderdeel 99). Over de stijlen van de leuning wordt in dat verband niets bepaald. Het komt de Raad van State voor dat, indien het de bedoeling van de verwerende partij was geweest om uit het bedoelde detail ook gevolgen af te leiden in verband met de afstand tussen de stijlen, zij dat ook met zoveel woorden had kunnen doen. Nu zij dat niet gedaan heeft, lijkt zij geloofwaardig in haar argumentatie dat zij nooit de bedoeling had om het plan op dit punt als maatgevend te beschouwen.

Het voorgaande leidt ertoe dat moeilijk aan te nemen valt dat uit het ‘detailplan grondplan en doorsnede structuur’ een afstand tussen de stijlen afgeleid kan worden.

12.2. Zelfs indien uit het bedoelde plan afgeleid zou kunnen worden dat de afstand tussen de stijlen 500 mm bedraagt, dan nog lijkt een dergelijke interpretatie niet de enige te zijn die aan dat plan gegeven kan worden.

In dit verband herinnert de Raad van State eraan dat, om de draagwijdte van een welbepaald opdrachtdocument te achterhalen, dit document geplaatst dient te worden in het geheel van de opdrachtdocumenten. De opdrachtdocumenten dienen immers op een coherente, samenhangende manier te worden uitgelegd. Indien een bepaald opdrachtdocument voor meer dan één interpretatie vatbaar is, moet worden gekozen voor de opvatting die een praktische, evidente toepassing kan kennen. Dit houdt in dat in een dergelijk geval moet worden gekozen voor de interpretatie waarbij er geen tegenstrijdigheid is tussen het bestek en dat opdrachtdocument. Hieruit volgt voorts dat, indien een plan vatbaar is voor verscheidene interpretaties, waaronder een van het bestek afwijkende interpretatie, een inschrijver deze afwijkende interpretatie niet zomaar

mag toepassen, maar integendeel moet nagaan of die interpretatie zich ook laat inpassen binnen de logica van het geheel van de opdrachtdocumenten.

Voor de voorliggende zaak lijkt in het bijzonder rekening te moeten worden gehouden met de bepalingen in de toepasselijke bestekken in verband met de veiligheid. Terecht wijzen de verwerende partij en de tussenkomen de partij erop dat het bijzonder bestek, in de technische voorschriften in verband met hoofdstuk 21, onderdeel 4, van het standaardbestek 260, onder punt B.7 bepaalt dat “bij het detailontwerp van de leuning [...] de opdrachtnemer [...] rekening [houdt] met de algemeen geldende veiligheidsvoorschriften”. Voorts verwijst de verwerende partij naar punt 5.6.2 van hoofdstuk 21 van het standaardbestek 260, waarin wordt bepaald dat de leuning “voldoende dicht” moet zijn, en verder verwezen wordt naar de bepalingen van punt 4.8.1 van dat hoofdstuk 21. Volgens de laatstgenoemde bepalingen dient de leuning zo opgevat te worden “dat er geen enkele opening voorkomt waardoor een bol met 100 mm diameter [...] kan worden doorgedrukt”.

Weliswaar heeft de verwerende partij in het bijzonder bestek zelf afgeweken van de afstand van 100 mm tussen de stijlen, door te voorzien in een afstand van 122 mm. Zij verklaart deze “iets ruimere opening” door de “concrete kenmerken voor de aan te leggen fietsbrug N75 x Sparrendal te Dilsen-Stokkem”. Wat daarvan ook moge zijn, een afstand van 500 mm, als voorgesteld door de verzoekende partij, lijkt in elk geval moeilijk te verenigen met de vereiste veiligheidsvoorschriften. Zoals de verwerende partij opmerkt, kunnen met een zodanig grote afstand “grote voorwerpen naar beneden [...] vallen en onderliggende personen of zaken [...] verwonden of beschadigen”; bovendien voorkomt een opening van 500 mm niet “dat personen, zeker kleine kinderen, tussen [de stijlen] kunnen vallen”.

Op de terechtzitting voert de verzoekende partij aan dat een afstand van 500 mm nog perfect denkbaar is voor de studiefase, en dat de opdrachtnemer de afstand anders kan concipiëren tijdens de uitvoeringsfase. Die argumentatie lijkt eraan voorbij te gaan dat het bestek reeds voor de studiefase verwijst naar het principe en het referentiebeeld bij de figuur die tweemaal in het bestek voorkomt, en waarop de afstand hart-op-hart van 120 mm is aangegeven.

In het licht van het voorgaande lijkt de interpretatie van de verzoekende partij, volgens welke bij het voornoemde plan een afstand van 500 mm tussen de stijlen van de leuning wordt opgelegd, niet te beantwoorden aan het vereiste dat de opdrachtdocumenten zo geïnterpreteerd moeten worden dat de interpretatie werkzaam is en, zo mogelijk, een tegenstrijdigheid met de besteksbepalingen vermijdt. Hieruit volgt dat de door de verzoekende partij aan het plan gegeven interpretatie moeilijk inpasbaar lijkt in het geheel van de opdrachtdocumenten.

12.3. Ten overvloede merkt de Raad van State op dat er op zijn minst twijfel kon bestaan over de vraag of uit het bedoelde plan een afstand tussen de stijlen afgeleid kon worden, welke dan strijdig zou zijn met de afstand die is aangegeven op de figuur die in het bijzonder bestek is opgenomen. In geval van twijfel kon de verzoekende partij de verwerende partij daarover bevragen. Het feit dat zij dat niet heeft gedaan, doet bijkomende vragen rijzen over de ernst van haar betoog.

13. Gelet op het voorgaande lijkt er geen tegenstrijdigheid te bestaan tussen het bestek en het plan waarop de verzoekende partij steunt.

In zoverre het onderdeel uitgaat van een dergelijke tegenstrijdigheid om daaruit een miskenning van de voorrangsregeling bepaald in artikel 80 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 of het bijzonder bestek af te leiden, lijkt het dan ook feitelijke grondslag te missen.

Over de aangevoerde schending van artikel 53 van de wet overheidsopdrachten 2016

14. In zoverre de verzoekende partij een schending aanvoert van artikel 53 van de wet overheidsopdrachten 2016, werpt de tussenkomende partij een exceptie van onduidelijkheid van het middel op. Zij voert aan dat het onduidelijk is wat de verzoekende partij met haar kritiek bedoelt.

De Raad van State acht het niet nodig om op deze exceptie in te gaan, aangezien dit onderdeel van het middel in elk geval niet ernstig is, om de hierna gegeven reden.

15. Het onderdeel kan wellicht in die zin begrepen worden dat de verzoekende partij ervan uitgaat dat artikel 53 van de wet overheidsopdrachten 2016 vereist dat in de opdrachtdocumenten de vereiste afmetingen worden opgegeven, hetgeen te dezen onder meer zou betekenen dat het aantal leuningstijlen opgegeven zou moeten worden. Weliswaar wordt dat aantal niet opgegeven in het bijzonder bestek, maar het volgt wel uit het ‘detailplan grondplan en doorsnede structuur’. Op dat plan wordt immers de totale lengte van de leuning aangegeven en uit dat plan kan ook de afstand tussen de leuningstijlen afgeleid worden, zodat ook het aantal stijlen daaruit afgeleid kan worden. Volgens de verzoekende partij is het aantal stijlen bijgevolg geen onderdeel van de door de opdrachtnemer uit te voeren studie van de leuning, en is er bijgevolg geen reden om haar offerte substantieel onregelmatig te verklaren.

Zoals hiervoor is aangegeven, lijkt een afstand tussen de stijlen wel degelijk bepaald te zijn in het bijzonder bestek (zie overweging 11). Ook op grond van het bestek kan dus uitgerekend worden hoeveel stijlen vereist zijn. Zoals in het bijzonder bestek wordt bepaald, onder de technische toelichting bij de punten 1.1.1.2.A en 1.1.1.2.B van hoofdstuk 32 van het standaardbestek 260, dient de opdrachtnemer een ontwerp van de leuning uit te voeren op basis van het principe en het referentiebeeld vervat in de desbetreffende figuur (waarop de afstand tussen de stijlen is aangegeven), en dient hij ook een berekening van de leuning uit te voeren.

Het bestek lijkt aldus voldoende elementen te bevatten voor de technische specificatie van het uit te voeren werk aan de leuning van de brug. In de huidige stand van het geding volstaat zulks om voorlopig te concluderen dat het onderdeel feitelijke grondslag lijkt te missen.

Over de aangevoerde ongelijke behandeling van de verzoekende partij en de tussenkomende partij

16. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat zij, wat post 198 betreft, “is uitgegaan van een vaststaande hoeveelheid [leuningstijlen], terwijl de andere inschrijver zou zijn uitgegaan van leuningstijlen die in hoeveelheid variabel zouden zijn”, volstaat het op te merken dat in het bijzonder bestek is aangegeven hoe groot de afstand tussen de stijlen is, namelijk 122 mm. De tussenkomende partij heeft zich aan die afstand gehouden. Zo de verzoekende partij is uitgegaan van een andere afstand, namelijk 500 mm, is dat een gevolg van het niet opteren voor die interpretatie van het ‘detailplan grondplan en doorsnede structuur’ die zich laat inpassen in het geheel van de opdrachtdocumenten.

Een schending van het gelijkheidsbeginsel lijkt aldus niet aangetoond.

Over de aangevoerde schending van het beginsel patere legem quam ipse fecisti

17. In zoverre de verzoekende partij een schending aanvoert van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, steunt het middel op het uitgangspunt dat de verwerende partij zich moest houden aan hetgeen in verband met de leuningstijlen bepaald is in de plannen, bevestigd door het BIM-model. Volgens de verzoekende partij houdt het bijzonder bestek niet alleen geen vermelding in van de hoeveelheid leuningstijlen, maar gaan de plannen volgens de voorrangsregeling bovendien voor op het bestek.

Deze grief valt in essentie samen met die welke ontwikkeld is vanuit het oogpunt van de miskennen van de voorrangsregeling. Om de hiervoor ontwikkelde redenen (overwegingen 7 tot 13) lijkt ook het thans besproken onderdeel niet ernstig.

VII. Besluit

18. Het enig middel is in geen van zijn onderdelen ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook

verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Stadsbader Contractors tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Domss,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens