

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.263 van 1 maart 2012
in de zaak A. 203.419/XII-6825**

In zake: de NV STRABAG BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem (Gent)
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bart Van Hyfte en Gauthier Eryvn
kantoor houdend te 1060 Brussel
Gulden Vlieslaan 77
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV GILLION CONSTRUCT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christian Lepaffe en Philip Brack
kantoor houdend te 1180 Brussel
Floridalaan 26
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 januari 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“(i) de beslissing van 7 december 2011 van Vice-Eerste Minister L. Onkelinx, waarbij werd beslist om na het voeren van een openbare aanbesteding de overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘4.4.21.2 -

Renovatie van de sociale woningen gelegen Sint-Lazarushof te Sint-Jans-Molenbeek' te gunnen aan de nv Gillion Construct voor een bedrag van 12.449.865,91 EUR (btw incl.)

(ii) de daarmee samenhangende impliciete beslissing om de betreffende opdracht niet te gunnen aan de nv Strabag Belgium”;

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 13 februari 2012 heeft de nv Gillion Construct gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 februari 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bart Van Hyfte, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Philip Brack, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft, via de FOD Mobiliteit en Vervoer, Directie Vervoerinfrastructuur die instaat voor het samenwerkingsakkoord Beliris, een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken, in de aankondiging genaamd “Renovatie van de sociale woningen gelegen te

Sint-Lazarushof te Sint-Jans-Molenbeek – Opdracht van werken – Openbare aanbesteding”.

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 12.216.045,11 euro, btw inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 12 augustus 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 17 augustus 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie. Er worden vervolgens vier terechtwijzende berichten bekendgemaakt.

3.3. Het bijzonder bestek “4.4.21.2. Renovatie van de sociale woningen gelegen te Sint-Lazarushof te Sint-Jans-Molenbeek – Opdracht van werken – Openbare aanbesteding” is op deze opdracht van toepassing.

Het voorwerp van de opdracht wordt in hoofdstuk I van de Administratieve bepalingen (blz. 6-7) als volgt omschreven:

“Voorwerp

Grondige verbouwing en renovatie van een sociaal woningcomplex gelegen in Sint-Jans-Molenbeek op de hoek van de De Gunststraat en de Bonehillstraat. De oppervlakte van het gebouw op de grond bedraagt 2316 m² en de totale bovengrondse oppervlakte is 9595 m². De oppervlakte van de galerijen bedraagt 1425 m². Er is geen kelderverdieping.

Het geheel is opgesplitst in twee gebouwen die gesitueerd zijn rond een binnenplaats en op 5 niveaus (G+4)

Het gebouw werd in 1926 gebouwd door architect Diongre. De werken bestaan hoofdzakelijk uit:

- Het verkleinen van het totale aantal woningen en het vergroten van de bewoonbare oppervlakken.
- Afbraakwerken en demontages.
- Vergroting en aanpassing van de hoofdingangen.
- Zware en structurele afbraakwerken om te beantwoorden aan het nieuwe programma.
- Volledige demontage van de bestaande technische installatie en plaatsing van nieuwe gecentraliseerde technieken op het dak, inclusief verwarming, sanitair, ventilatie, gas en elektriciteit, ...

- Ruwbouwwerken: uitbreidingen, structuren, metselwerk, waterdichtingen, afwatering, galerijen, loopbruggen.
- Verwijderen van asbest.
- Aanpassing en verhoging van de verticale en horizontale circulatiezones.
- Restauratie van de gedecoreerde hoek op identieke wijze.
- Volledige vervanging van de borstweringen van de galerijen en de inkomportalen.
- Volledige transformatie van de achtergevels met nieuwe uitbreidingen: isolatie en bepleistering, nieuwe dorpels en toebehoren.
- Isolatie van de omsluitende gebouwenenveloppe in het kader van de recente EPB-reglementering, alsook de vervanging van alle buitenschrijnwerk.
- Nieuwe technische installaties: elektriciteit, verwarming, sanitair, ventilatie met dubbele stroming, warmtekrachtkoppeling, liften, brandbeveiliging.
- Scheidingswanden, dekvloeren, plafonneringen en verlaagde plafonds, binnenschrijnwerk, ijzerwerk, afwerking van vloeren en muren, schilderwerken.
- Uitrusting voor mindervaliden.
- Alle prestaties noodzakelijk om te voldoen aan de contractuele verplichtingen gedurende de waarborgtermijn”.

Hoofdstuk III, § 2 van deze Algemene bepalingen vermeldt onder “Art. 90 § 2: Bij de offerte te voegen documenten”, de documenten die de inschrijver, naast de documenten van de kwalitatieve selectie die vereist zijn op grond van de artikelen 16 tot 20, “verplicht [...] bij zijn offerte [moet] voegen”. *In fine* wordt voorts bepaald: “Het bestuur behoudt zich het recht voor de offerte van de inschrijver die deze documenten niet bijgevoegd heeft als nietig en onregelmatig te beschouwen”. In de opsomming van die bij te voegen documenten, waarvan het attest van het verplicht plaatsbezoek uitdrukkelijk “op straffe van nietigheid van de inschrijving” is vermeld, wordt niet verwezen naar voorstellen van onderhoudscontract, waarover het geschil te dezen gaat.

Hiervan is wel sprake in de “Technische clausules” betreffende de HVAC installaties, de sanitaire installaties, de elektrische installaties en de liftinstallatie.

Aldus vermelden de bijzondere administratieve bepalingen van deze “technische clausules” met betrekking tot de loten 41 HVAC installaties en

42 sanitaire installaties in artikel 2.6. onder “TE LEVEREN DOCUMENTEN”, “Bij de inschrijving”, telkens (zie lot 41 HVAC installaties, “Lastenboek”, 2.6, blz. 11/160 en lot 42 Sanitaire installaties, “Lastenboek”, 2.6., blz. 7-8/162):

“Buiten de documenten, opgenomen in de Algemene Administratieve Bepalingen van het lastenboek, zijn de volgende documenten eveneens bij de inschrijving te voegen: [...] voorstel van een onderhoudscontract van de installaties”.

De bijzondere administratieve bepalingen van de “Technische clausules” met betrekking tot lot 45 (43 volgens de Franse tekst) liftinstallatie vermelden in artikel 2.6. onder “TE LEVEREN DOCUMENTEN”, “Bij de inschrijving” (lot 45 Liftinstallatie, “Lastenboek”, 2.6, blz. 8/36):

“Buiten de documenten, opgenomen in de Algemene Administratieve Bepalingen, van de Bouwheer, zijn de volgende documenten eveneens bij de inschrijving te voegen: [...] voorstelling van een jaarlijks onderhoudscontract”.

Dit lijkt niet te zijn vermeld in het corresponderende artikel 2.6 (blz. 8/84) van de bijzondere administratieve bepalingen van de “technische clausules” voor lot 43 Elektrische installaties.

Eerder is in artikel 2.2 in de “Technische clausules” HVAC installaties (blz. 10/160) en liftinstallatie (blz. 6/36) vermeld:

“De aannemer moet verplicht een offerte indienen die beantwoordt aan de voorschriften van het onderhavige Bijzonder Technisch Bestek en de bepalingen en voorwaarden van de voornoemde documenten nauwgezet naleeft”.

In de “Technische clausules” sanitaire installaties (blz. 6/162) is dit geformuleerd als:

“De huidige aanneming is ertoe verplicht een offerte in te dienen, conform de voorschriften van het huidige Lastenboek en die de bepalingen en voorwaarden van de boven vermelde documenten nauwgezet respecteert”.

In de “Technische clauses” elektrische installaties (blz. 7/84) is dit geformuleerd als:

“De aannemer moet verplicht een offerte indienen die beantwoordt aan de voorschriften van het onderhavig Bijzondere Lastenboek en de bepalingen en voorwaarden van de voornoemde documenten nauwgezet naleeft”.

De bijzondere administratieve bepalingen van de “Technische clauses” met betrekking tot deze loten HVAC, sanitaire installaties, elektrische installaties en liftinstallatie bepalen in artikel 2.20, respectievelijk 2.16 voor de liftinstallatie, inzake dit onderhoudscontract voorts dat het gedetailleerde type, de prijs en de duur van het onderhoudscontract “op straffe van uitsluiting” als optie bij de inschrijving moet worden gevoegd, zoals hierna blijkt.

Inzake HVAC – installaties (blz. 22/160 Nederlandse tekst; blz. 23/165 Franse tekst):

“2.20 ONDERHOUDSCONTRACT

De onderhavige aanneming voegt verplicht bij in bijlage van de offerte, op straffe van uitsluiting, het gedetailleerde type, de prijs en de duur van het onderhoudscontract dat hij voorstelt.

Hij voorziet, op precieze wijze, de leveringen en prestaties inbegrepen in het contract. Het contract geldt pas vanaf het einde van de garantieperiode.

De weergegeven prijzen omvatten de 2 volgende types contracten, waaruit de keuze later door de bouwheer wordt gemaakt:

> Normaal onderhoudscontract

> OMNIUM onderhoudscontract met totale garantie, ondertekend voor een periode van 10 jaar

De Bouwheer heeft eveneens het recht geen onderhoudscontract te ondertekenen voor de onderhavige aanneming.

Tijdens de garantieperiode is het preventieve onderhoud van de gerealiseerde installaties ten laste van de onderhavige aanneming”.

“2.20 CONTRAT D’ENTRETIEN

Le P.L. joint obligatoirement en option en annexe à son offre, sous peine d’exclusion, le type détaillé, le prix et la durée du contrat d’entretien qu’il propose.

Il stipule, de manière précise, les fournitures et prestations comprises dans ce contrat. Le contrat ne prendra cours qu’après la période de garantie.

Les prix remis comportent les 2 types de contrats suivants, dont le choix sera défini ultérieurement par le Maître de l’Ouvrage:

- > Contrat d’entretien normal
- > Contrat d’entretien OMNIUM en garantie totale, souscrit pour une période de 10 ans

Le Maître de l’Ouvrage se réserve également le droit de ne pas souscrire de contrat d’entretien auprès du P.L.

Pendant la période de garantie, l’entretien préventif des installations réalisées est à charge du P.L.”.

De Franse versie verwijst ook hier, zoals de Nederlandse tekst ook doet voor de andere installaties, in de eerste zin naar een optie.

Inzake Sanitaire installaties (blz. 17/162 Nederlandse tekst; blz. 17/169 Franse tekst).

“2.20 ONDERHOUDSCONTRACT

De onderhavige aanneming voegt verplicht een optie toe in bijlage van de offerte, op straffe van uitsluiting, het gedetailleerde type, de prijs en de duur van het onderhoudscontract dat hij voorstelt.

Hij voorziet, op precieze wijze, de leveringen en prestaties inbegrepen in het contract. Het contract geldt pas vanaf het einde van de garantieperiode.

De weergegeven prijzen omvatten de 2 volgende types contracten, waaruit de keuze later door de bouwheer wordt gemaakt:

- > Normaal onderhoudscontract
- > OMNIUM onderhoudscontract met totale garantie, ondertekend voor een periode van 10 jaar

De bouwheer heeft eveneens het recht geen onderhoudscontract te ondertekenen voor de onderhavige aanneming.

Tijdens de garantieperiode is het preventieve onderhoud van de gerealiseerde installaties ten laste van de onderhavige aanneming. In de bijlage van zijn offerte, voorziet de aanneming, op precieze wijze, de inbegrepen leveringen en prestaties”.

“2.20 CONTRAT D’ENTRETIEN

Le P.L. joint obligatoirement en option en annexe à son offre, sous peine d’exclusion, le type détaillé, le prix et la durée du contrat d’entretien qu’il propose.

Il stipule, de manière précise, les fournitures et prestations comprises dans ce contrat. Le contrat ne prendra cours qu’après la période de garantie.

Les prix remis comportent les 2 types de contrats suivants, dont le choix sera défini ultérieurement par le Maître de l'Ouvrage

> Contrat d'entretien normal

> Contrat d'entretien OMNIUM en garantie totale, souscrit pour une période de 10 ans

Le Maître de l'Ouvrage se réserve également le droit de ne pas souscrire de contrat d'entretien auprès du P.L.

Pendant la période de garantie, l'entretien préventif des installations réalisées est à charge du P.L. En annexe à son offre, le P.L. stipule, de manière précise, les fournitures et prestations comprises”.

Inzake Elektrische installaties (blz. 17/84 Nederlandse tekst; blz. 18/88 Franse tekst):

“2.20 ONDERHOUDSCONTRACT

De onderhavige aanneming voegt verplicht een optie toe in bijlage van de offerte, op straffe van uitsluiting, het gedetailleerde type, de prijs en de duur van het onderhoudscontract dat hij voorstelt.

Hij voorziet, op precieze wijze, de leveringen en prestaties inbegrepen in het contract. Het contract geldt pas vanaf het einde van de garantieperiode.

De weergegeven prijzen omvatten de 2 volgende types contracten, waaruit de keuze later door de bouwheer wordt gemaakt:

> Normaal onderhoudscontract

> OMNIUM onderhoudscontract met totale garantie, ondertekend voor een periode van 10 jaar

De bouwheer heeft eveneens het recht geen onderhoudscontract te ondertekenen voor de onderhavige aanneming.

Tijdens de garantieperiode is het preventieve onderhoud van de gerealiseerde installaties ten laste van de onderhavige aanneming. In de bijlage van zijn offerte, voorziet de aanneming, op precieze wijze, de inbegrepen leveringen en prestaties”.

“2.20 CONTRAT D'ENTRETIEN

Le P.L. joint obligatoirement en option en annexe à son offre, sous peine d'exclusion, le type détaillé, le prix et la durée du contrat d'entretien qu'il propose.

Il stipule, de manière précise, les fournitures et prestations comprises dans ce contrat. Le contrat ne prendra cours qu'après la période de garantie.

Les prix remis comportent les 2 types de contrats suivants, dont le choix sera défini ultérieurement par le Maître de l’Ouvrage:

- > Contrat d’entretien normal
- > Contrat d’entretien OMNIUM en garantie totale, souscrit pour une période de 10 ans

Le Maître de l’Ouvrage se réserve également le droit de ne pas souscrire de contrat d’entretien auprès du P.L.

Pendant la période de garantie, l’entretien préventif des installations réalisées est à charge du P.L. En annexe à son offre, le P.L. stipule, de manière précise, les fournitures et prestations comprises”.

Inzake Liftinstallatie (blz. 14/36 Nederlandse tekst; blz. 15/39

Franse tekst):

“2.16 ONDERHOUDSCONTRACT

De onderhavige aanneming voegt verplicht een optie toe in bijlage van de offerte, op straffe van uitsluiting, het gedetailleerde type, de prijs en de duur van het onderhoudscontract dat hij voorstelt.

Hij voorziet, op precieze wijze, de leveringen en prestaties inbegrepen in het contract.

Het contract geeft de herzieningsformule weer die van toepassing zal zijn na het jaar van waarborg.

De weergegeven prijzen omvatten de 2 volgende types contracten, waaruit de keuze later door de bouwheer wordt gemaakt:

- > Normaal onderhoudscontract
- > OMNIUM onderhoudscontract met totale garantie, ondertekend voor een periode van 10 jaar
- > OMNIUM onderhoudscontract met totale garantie, ondertekend voor een periode van 27 jaar

De bouwheer heeft eveneens het recht geen onderhoudscontract te ondertekenen voor de onderhavige aanneming.

Tijdens de garantieperiode is het preventieve onderhoud van de gerealiseerde installaties ten laste van de onderhavige aanneming. In de bijlage van zijn offerte, voorziet de aanneming, op precieze wijze, de inbegrepen leveringen en prestaties”.

“2.16 CONTRAT D’ENTRETIEN

L’entrepreneur propose obligatoirement dans son offre, sous peine d’exclusion, le type détaillé, le prix et la durée du contrat d’entretien qu’il propose.

Il stipule, de manière précise, les fournitures et prestations comprises dans ce contrat. Le contrat ne prendra cours qu’après la période de garantie.

L’offre précise la formule de révision qui sera d’application après l’année de garantie.

Les prix remis comportent les 3 types de contrats suivants, dont le choix sera défini ultérieurement par le Maître de l’Ouvrage:

- > Contrat d’entretien normal
- > Contrat d’entretien omnium en garantie totale, souscrit pour une période de 10 ans
- > Contrat d’entretien omnium en garantie totale, souscrit pour une période de 27 ans

Le Maître de l’Ouvrage se réserve également le droit de ne pas souscrire de contrat d’entretien auprès de la firme d’adjudication.

Pendant la période de garantie, l’entretien préventif des installations réalisées est à charge du P.L. En annexe à leur offre, les entreprises stipulent, de manière précise, les fournitures et prestations comprises”.

De Franse versie verwijst aldus hier, anders dan de Nederlandse tekst doet, in de eerste zin niet naar een optie. Aangenomen lijkt te kunnen worden dat dit een verschrijving is en dat dezelfde bedoeling hier voorligt.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 18 oktober 2011. Naast verzoekende partij, dienen de nv ACH Construct, de nv Les Entreprises Louis De Waele, de nv Gillion Construct en de tijdelijke handelsvennootschap CFE nv – J. Delens nv elk een offerte in.

3.5. Verzoekende partij voegde bij haar offerte voorstellen van onderhoudscontract voor de HVAC installaties, de sanitaire installaties, de elektrische installaties en de liftinstallatie. De nv ACH Construct, de nv Les Entreprises Louis De Waele en de nv Gillion Construct deden dit blijkbaar niet.

3.6. Nadat alle inschrijvers onder voorbehoud van nazicht van de impliciete verklaring op erewoord werden geselecteerd, concludeert de gemotiveerde gunningsbeslissing van 7 december 2011 dat alle offertes formeel regelmatig zijn. Het niet bijvoegen van de voorstellen van onderhoudscontract is volgens de gemotiveerde gunningsbeslissing geen reden om die offertes “te verwijderen” nu zulks niet op straffe van nietigheid werd voorgeschreven, een optie voor de bouwheer is, geen voorwaarde betreffende het gunningscriterium is en dus geen invloed heeft op de beoordeling van de offertes. De laagstbiedende zal worden gevraagd zijn offerte op dit punt te vervolledigen:

“a. Formele regelmatigheid

De inschrijvers dienden te voldoen aan volgende voorwaarden:

- i. Werden het inschrijvingsformulier en de inventaris vervolledigd en juist ingevuld ?
- ii. Werd een CD of een diskette met de gevraagde gegevens bijgevoegd ?
- iii. Werd een volledige offerte ingediend ? Werden alle gevraagde documenten en bewijzen bijgevoegd ?

Analyse

[...]

iii. [...]

De technische bepalingen van het bijzonder bestek, deel ‘speciale technieken’ vereisen dat de inschrijvers een ‘verplicht optionele in bijlage van (hun) offerte op straffe van uitsluiting’ onderhoudscontract bijvoegen voor HVAC, elektriciteit, heftoestellen en sanitaire toestellen. Inschrijvers 51, 53 en 54 hebben deze documenten niet bij hun inschrijving gevoegd. Aangezien het geen voorwaarde aangaande het gunningscriterium van de opdracht betreft en dus geen invloed heeft op de beoordeling van de offertes is het Bestuur van mening dat deze documenten kunnen bijgevoegd worden na de opening van offertes zonder het aanbestedingsprincipe te schaden. De aanwezigheid van het document werd overigens niet voorgeschreven op straffe van nietigheid zodanig dat het niet nodig is om de inschrijvers die het document niet bijgevoegd hebben te verwijderen. De laagstbiedende inschrijver zal verzocht worden om zijn offerte op dit punt te vervolledigen. Deze benadering is minder drastisch voor de regelgeving voor openbare opdrachten daar voor het overige het bijzonder bestek uitdrukkelijk deze contracten ‘optioneel’ betitelt en preciseert dat de afsluiting ervan een mogelijkheid is voor de desbetreffende bouwheer.

Afgezien van het voorbehoud gemaakt hierboven beantwoorden alle ingediende offertes aan de regels van de formele regelmatigheid”.

De nv Gillion Construct is inschrijver 54.

Na een nader onderzoek van de inhoudelijke regelmatigheid van de offertes en het besluit dat alle ingediende offertes regelmatig zijn “zowel inzake vorm als in wezen”, wordt in de gemotiveerde gunningsbeslissing het volgende “eindklassement van de weerhouden offertes” opgesteld:

Nr.	Inschrijver	Verbeterde prijs (BTW incl.) (art. 112 §1 ^{ste} , 2 ^{de})
54	s.a. Gillon Construct	€ 12.833.788,80
52	n.v. Strabag Belgium s.a.	€ 12.994.350,31
51	s.a. ARCH Construct	€ 13.025.426,71
55	s.m. CFE s.a.- J. Delens s.a.	€ 14.178.463,21
53	s.a. Les entreprises Louis De Waele	€ 15.242.860,22

Na een “controle van de andere gegevens van de laagste, regelmatige offerte” namelijk de impliciete verklaring op eer, de toe te voegen documenten – waarbij met een brief van 17 november 2011 bij de nv Gillion Construct de ontbrekende onderhoudscontracten werden opgevraagd en deze werden meegedeeld met een brief van 29 november 2011 – wordt in de gemotiveerde gunningsbeslissing van 7 december 2011 beslist de opdracht te gunnen aan de nv Gillion Construct als inschrijver met de meest voordelige regelmatige offerte:

“7. Controle van de andere gegevens van de laagste, regelmatige offerte

a. impliciete verklaring op erewoord

Het bestuur heeft de impliciete verklaring op erewoord (waarvan sprake in de kwalitatieve selectie) van inschrijver 54 gecontroleerd. Het RSZ-atteest werd elektronisch opgevraagd bij de bevoegde diensten en er is vastgesteld dat dit in orde is wat betreft zijn verplichtingen aangaande de RSZ.

b. Toe te voegen documenten

Het bestuur heeft op 17.11.2011 per brief aan inschrijver nr. 54 gevraagd om de onderhoudscontracten gevraagd in de technische bepalingen (zie punt 5. a. iii) toe te voegen. De inschrijver heeft dit document per brief op 29.11.2011 geleverd.

c. Definitief aanvaard bedrag (art. 112 §1ste, 1° van het KB van 08.01.1996)

In toepassing van het artikel 112 § 1ste, 1° van het KB van 08.01.1996 werd de offerte van inschrijver 54 definitief verbeterd door het bestuur. Het bedrag van de offerte bedraagt 12.449.865,91 € BTW (6 en 21 %) inclusief.

8. Beslissing

Overwegende dat de meest voordelige, regelmatige offerte deze is van inschrijver 54 - s.a. Gillion Construct, heb ik besloten om de opdracht toe te kennen aan inschrijver 54 - s.a. Gillion Construct voor een bedrag van 12.449.865,91 € BTW (6 en 21%) inbegrepen. [...]

Dit is de eerste bestreden beslissing die ook de tweede bestreden, impliciete, beslissing bevat.

3.7. Met een faxbericht en blijkbaar aangetekend verzonden brief van 13 januari 2012 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat “haar offerte geselecteerd en regelmatig verklaard werd doch niet weerhouden door het bestuur”. De “gemotiveerde beslissing toewijzing van de opdracht” wordt bijgevoegd.

3.8. Op 27 januari 2012 dient verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Tussenkomenst

4. De verzoekende partij in tussenkomenst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

5. Tussenkomenste partij dient met een op 21 februari 2012 aangetekend verzonden brief en in ieder geval aan de behandelende auditeur ook met een e-mail van die dag (17u30) nog een “nota met opmerkingen” in.

Dit stuk wordt uit de debatten geweerd, nu in het faxbericht van 4 februari 2012 van de griffie aan de nv Gillion Construct werd meegedeeld dat de

Raad van State de uiterste termijn voor het indienen van een verzoekschrift tot tussenkomst had bepaald op 13 februari 2012.

V. De schorsingsvoorwaarden

6.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

6.2. Evenwel is te dezen de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting

7. In een enig middel roept verzoekende partij de schending in van onder meer artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*” en van “het algemeen beginsel waardoor elke overheid verplicht wordt haar beslissing op deugdelijke gronden te motiveren / de materiële motiveringsplicht”.

In essentie voert zij daartoe aan dat de gekozen inschrijver nv Gillion Construct in strijd met de diverse technische bepalingen van de bestekken inzake HVAC installaties, sanitaire installaties, elektrische installaties en liftinstallatie, de daarin verplicht op straffe van uitsluiting te voegen onderhoudscontracten voor al deze installaties niet bij zijn offerte heeft gevoegd, en dat de bepalingen in die technische bestekken HVAC installaties, sanitaire installaties, elektrische installaties en liftinstallaties essentiële bestekbepalingen zijn, waarvan de niet-naleving een substantiële onregelmatigheid betreft, die leidt tot de absolute nietigheid van de offerte en die de aanbestedende overheid verplicht om de offerte onregelmatig te verklaren en buiten beschouwing te laten.

De in de bestreden beslissing opgenomen argumenten om het ontbreken van deze onderhoudscontracten bij de offerte van de gekozen inschrijver niet te sanctioneren, kunnen de substantiële onregelmatigheid van deze offerte niet ongedaan maken.

Het feit dat het onderhoud van de installaties na de uitvoering opdracht als een “optie” in bestek is ingeschreven, en verwerende partij deze bijkomende diensten kan, maar niet moet toekennen aan de gekozen inschrijver, belet niet dat een dergelijke in het bestek voorziene “optie” een deel is en blijft van de opdracht waarbij de inschrijvers in hun offerte voorstellen van onderhouds-

contract moesten toevoegen, waarvan verwerende partij trouwens zelf stelde dat het een essentieel en belangrijk gegeven en voorschrift betrof, want moest worden nagekomen op straffe van uitsluiting. Achteraf bij de beoordeling van de regelmatigheid kan verwerende partij dan ook niet gaan argumenteren dat, nu het om een optie gaat - wat immers ook bij de redactie van het bestek een bekend gegeven was -, het toch geen substantiële onregelmatigheid (meer) zou betreffen. Door het voorleggen van de onderhoudscontracten op straffe van uitsluiting voor te schrijven, gaf zij integendeel duidelijk aan dat zij zekerheid wil dat de inschrijvers na de uitvoering en oplevering van de werken zelf kunnen instaan voor het onderhoud van de te bouwen technische installaties, die immers complexe installaties betreffen waarvan het onderhoud niet zo eenvoudig is, en verwerende partij alleszins op hen voor dat onderhoud beroep kan doen, maar daar weliswaar niet toe is verplicht.

Het feit dat deze optie - optionele diensten van onderhoud - geen voorwaarde is aangaande het gunningscriterium prijs van de opdracht en dus geen invloed zou hebben op de beoordeling van de offertes, neemt voorts niet weg dat deze in het bestek voorziene opties een integraal onderdeel uitmaken van de opdracht waarvoor de inschrijvers verplicht, op straffe van uitsluiting volgens het bestek, een aanbidding moesten doen door de voorstellen van de onderhoudscontracten toe te voegen.

Het argument dat de naleving van de bepalingen en het voorleggen van de onderhoudscontracten niet zou zijn voorgeschreven op straffe van nietigheid, is geheel onjuist, nu de expliciet in het bestek tot viermaal toe voorgeschreven sanctie “op straffe van uitsluiting” niet anders kan worden beschouwd dan als “op straffe van absolute nietigheid”, vermits “uitsluiting” niets anders betekent *casu quo* kan betekenen dan dat men de kwestieuze offerte zonder meer buiten beschouwing dient te laten.

De offerte van de gekozen inschrijver nv Gillion Construct, die bij zijn offerte de op straffe van uitsluiting verplicht te voegen onderhoudscontracten niet heeft bijgevoegd, is dan ook substantieel onregelmatig en verwerende partij heeft ten onrechte niet alleen beslist om de offerte van de nv Gillion Construct toch verder in aanmerking te nemen, maar ook om haar te

verzoeken om de ontbrekende onderhoudscontracten toch nog over te maken en aan haar offerte toe te voegen. Aangezien een substantieel onregelmatige offerte zonder meer buiten beschouwing moet worden gelaten kan er immers ook nooit een regularisatie van een substantieel onregelmatige offerte plaatsvinden.

Beoordeling

8.1. Overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 dient bij openbare of beperkte aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

8.2. Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

Dit artikel 110, § 2 maakt aldus een onderscheid tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn -dit is de substantiële onregelmatigheid- omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer die welke betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid -de relatieve onregelmatigheid- waarin het bestuur de mogelijkheid heeft om de inschrijvingen als nietig te beschouwen. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, moet dan ook in concreto in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier worden beantwoord. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële bestekbepaling betreft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële bestekbepaling, moet het bestuur die offerte vervolgens buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid.

Indien de offerte daarentegen enkel relatieve onregelmatigheden bevat, is de aanbestedende overheid vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. In het ene en het andere geval moet de beoordeling zijn uitgegaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit zorgvuldig onderzoek.

9. In het enig middel wordt in essentie aangevoerd dat verwerende partij ten onrechte de offerte van de gekozen inschrijver niet onregelmatig heeft verklaard, ook al waren de voorstellen van onderhoudscontract voor de HVAC installaties, de sanitaire installaties, de technische installaties en de liftinstallatie niet bij de offerte gevoegd zoals in het bestek “op straffe van uitsluiting” vereist.

10. Het wordt niet betwist dat het bestek, in de artikelen 2.20 van de bijzondere administratieve bepalingen van de “technische clausules” voor de HVAC installaties, de sanitaire installaties en de elektrische installaties, en in het corresponderende artikel 2.16 van de bijzondere administratieve bepalingen van de “technische clausules” voor de liftinstallatie, bepaalt dat de inschrijver “verplicht” en “op straffe van uitsluiting” het gedetailleerde type, de prijs en de duur van het onderhoudscontract dat hij voorstelt bij zijn offerte voegt, dat dit een optie is en dat tussenkomende partij, de gekozen inschrijver, geen voorstellen van onderhoudscontract bij zijn offerte voegde. Zij deelde deze voorstellen pas mee na een vraag daartoe van het bestuur.

11. Het lijkt dat indien het bestuur aan sommige bepalingen van het bestek uitdrukkelijk de sanctie van de nietigheid verbindt, het zich laat begrijpen dat die besteksbeepalingen van essentieel belang worden geacht. Het niet nakomen van de in die bepalingen voorgeschreven verplichtingen leidt in principe tot een substantiële onregelmatigheid.

Ook door te dezen te bepalen dat de aannemer, waarmee de inschrijver lijkt bedoeld, “verplicht” en “op straffe van uitsluiting” het gedetailleerde type, de prijs en de duur van het onderhoudscontract dat hij in optie voorstelt bij zijn offerte voegt, heeft verwerende partij, zo lijkt het, het essentieel karakter ervan zelf in het bestek bevestigd.

Het feit dat deze onderhoudscontracten slechts een optie zijn, toont, zo lijkt het, het tegendeel niet aan. De inschrijvers waren immers verplicht deze optie voor te stellen en leken zich ertoe in hun offerte te verbinden indien het bestuur van deze optie gebruik zou maken.

Het feit dat dit gegeven niet betrokken wordt bij de beoordeling van de prijs, houdt, in dat licht, niet *prima facie* in dat dit geen essentiële bestekvereiste is, nu dit wel een verplicht onderdeel van de offerte en dus van het aanbod van de inschrijvers lijkt.

In elk geval rijst de vraag of er geen correlatie kan zijn tussen de inhoud van het voorgestelde onderhoudscontract en de voorgestelde prijzen voor de renovatie zelf.

Anders dan aangenomen in de bestreden beslissing lijkt het feit dat niet uitdrukkelijk is bepaald dat dit “op straffe van nietigheid” is voorgeschreven, niet tot een andere conclusie te leiden. Er wordt immers niet *prima facie* aangetoond dat de kwalificatie “op straffe van uitsluiting” niet dezelfde draagwijdte heeft.

12. In de huidige stand van het geding wordt dan ook aangenomen dat het bij de offerte voegen van de voorstellen van onderhoudscontract een essentiële bestekvoorwaarde is waarvan de niet-naleving leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. Zulks mag dan, zo lijkt het, niet worden geregulariseerd, door de inschrijver die niet aan deze voorwaarde voldeed de kans te geven dit gebrek te herstellen.

13. In de mate dat verwerende partij in de nota betoogt dat het voegen van het voorstel van onderhoudscontract niet is opgenomen in de algemene administratieve bepalingen van het bestek en ook niet in de lijst van bijlagen die verplicht moeten worden gevoegd bij de offerte volgens deze bepalingen, lijkt zij te verwijzen naar artikel 90, § 2, van de Algemene Administratieve Bepalingen van het bestek, dat inderdaad niet naar deze onderhoudscontracten verwijst, maar gaat zij eraan voorbij dat dit wel specifiek is opgelegd in de bijzondere administratieve

bepalingen voor de HVAC installaties, de sanitaire installaties, de elektrische installaties en de liftinstallatie.

Mocht zij hiermee verwijzen naar de opsomming van bijlagen *in fine* van het offerteformulier, dient te dezen *prima facie* te worden vastgesteld dat daar onder meer toch wordt verwezen naar “de documenten waarvan de overlegging door het bijzonder bestek wordt geëist met betrekking tot deze opdracht, gedateerd en ondertekend”.

Ook het argument dat dit onderhoudscontract pas gevraagd werd in de technische clausules met betrekking tot de speciale technieken, die zijn opgesteld door een ingenieursbureau op verzoek van de aanbestedende overheid, en dat deze plaats in het bestek, alsook het feit dat drie van de vijf inschrijvers hieraan geen aandacht schonken, zou bevestigen dat dit geen essentieel gegeven betrof, wordt niet bijgevalen. De betrokken “technische clausules” lijken veeleer een bijzonder bestek voor specifieke percelen en worden soms ook als dusdanig aangemerkt, ze bevatten algemene bepalingen, het is daarin dat het vereiste om voorstellen van onderhoudscontracten bij te voegen staat, en ze maken voorts in ieder geval deel uit van het door verwerende partij goedgekeurde bestek.

Ook kan, zo lijkt het, worden aangenomen dat een zorgvuldig inschrijver bij het indienen van de offerte die trouwens ook de bouw van de installaties inhoudt, rekening houdt met deze “technische clausules”. Indien de redenering van verwerende partij wordt gevolgd, rijst trouwens de vraag of wel één van de vereisten opgenomen in de “technische clausules” substantieel zou kunnen zijn alhoewel deze volgens verwerende partij zelf op gedetailleerde wijze de technische voorschriften voor deze speciale technieken bevatten. Het feit dat drie van de vijf inschrijvers geen aandacht schonken aan dit vereiste voorgeschreven “of straffe van uitsluiting”, lijkt niet aan te tonen dat dit vereiste niet essentieel kan zijn. In de mate dat zou zijn bedoeld dat het bestek onduidelijk was en daarom in het voordeel van de inschrijvers moet worden geïnterpreteerd, blijkt dit niet voldoende uit de nota, lijkt dit ook geen formeel motief van de bestreden beslissing en wordt dit ook niet voldoende aangetoond.

14. Verwerende partij werpt voorts op dat het niet is omdat een besteksbepaling op straffe van nietigheid is voorgeschreven dat zonder meer vaststaat dat de niet-naleving ervan tot gevolg heeft dat de offerte substantieel onregelmatig is, maar dat dit steeds in concreto dient te worden onderzocht. Zij meent dat zij te dezen “op gemotiveerde en redelijke wijze” tot de conclusie kwam dat de besteksbepaling niet essentieel was en dat zij tussenkomen de partij mocht vragen haar offerte op dit punt te vervolledigen, nu dit op geen enkele wijze de gelijkheid van de inschrijvers heeft aangetast en nu de inhoud van het onderhoudscontract geen enkele invloed had op de beoordeling van de offertes, waarbij enkel de prijs als gunningscriterium geldt, opties in ieder geval niet bij de beoordeling van de prijs in aanmerking mogen worden genomen en de meetstaat niet in een post voor dit onderhoud voorziet.

Aldus gaat verwerende partij er *prima facie* aan voorbij dat deze bij te voegen voorstellen, volgens het bestek, een verplicht onderdeel van het aanbod zijn en dat bij het indienen van de offerte van tussenkomen de partij dus niet vaststond dat deze dit aanbod deed laat staan onder welke voorwaarden. Voorts kan zoals gezegd niet worden uitgesloten dat er een correlatie is tussen de prijzen en het onderhoudscontract, en kan worden vastgesteld dat tussenkomen de partij te dezen de kans kreeg een voorstel van onderhoudscontract in te dienen nadat de offertes waren geopend, dus mogelijk met kennis van de andere totaalprijzen; aldus kreeg zij ook meer tijd dan verzoekende partij om deze voorstellen op te stellen.

Het argument dat de doelstelling van deze besteksbepaling was om de aanbestedende overheid te informeren over de mogelijkheden die bestonden op het vlak van onderhoudscontracten, waarbij zij evenwel de volledige vrijheid behield om al dan niet een onderhoudscontract aan te gaan, lijkt voorbij te gaan de wijze van formulering van het bestek die dit als verplicht onderdeel van het aanbod beschouwde.

Dit geldt ook in de mate dat zij nog betoogt dat zij hiermee geen zekerheid wou verwerven dat de inschrijvers na de uitvoering en oplevering van de werken zouden kunnen instaan voor het onderhoud van de installaties, en dat zij anders dit niet als optie maar expliciet als onderdeel van de opdracht in het

bestek had opgenomen, eventueel aangevuld met de vereiste van bekwaamheid inzake onderhoud van de installaties als selectie criterium en/of minimumeis.

15. Uit een antwoord van verwerende partij op een vraag van het auditoraat ter zake blijkt dat door verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing niet werd beslist over de onderhoudscontracten, dat daarover geen afzonderlijke beslissing werd genomen en ook niet zal worden genomen, maar dat, indien na de garantieperiode een onderhoudscontract zou worden gesloten, het de gebruiker van het gebouw en niet de aanbestedende overheid zou toekomen hiervoor het nodige doen.

Hiermee wordt niet *prima facie* aangetoond hoe dit afbreuk doet aan de in het bestek gestelde eisen aan de offerte en de verplicht, op straffe van uitsluiting, als optie bij te voegen voorstellen van onderhoudscontract.

16. Gelet op het al het voorgaande lijkt verwerende partij de offerte van de nv Gillion Construct, in weerwil van artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van artikel 2.20 van de bijzondere administratieve bepalingen van de “technische clausules” voor de HVAC installaties, de sanitaire installaties en de elektrische installaties, en het corresponderende artikel 2.16 van de bijzondere administratieve bepalingen van de “technische clausules” voor de liftinstallatie, ten onrechte te hebben aanvaard. Tegelijk staat dan niet meer vast dat de opdracht werd gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend zoals vereist door artikel 15 van de wet van 24 december 1993 en steunt de bestreden beslissing niet op in rechte aanvaardbare motieven zodat ook de materiële-motiveringsplicht is geschonden.

17. Het enig middel is in de aangegeven mate ernstig.

18. In de huidige stand van het geding en in het licht van de voorgaande *prima facie* vastgestelde onwettigheden is er wel nog geen reden om te dezen tevens reeds te besluiten tot uitdrukkelijke schorsing van de impliciete beslissing om opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij. Zij is dan weliswaar de inschrijver met de laagste offerte en haar offerte werd regelmatig beschouwd “zowel inzake vorm als in wezen”, maar in de bestreden beslissing, zo lijkt het, is

enkel de offerte van de tussenkomende partij, alsdan laagste inschrijver, volledig onderzocht. Verzoekende partij toont alvast ook niet aan welk bijkomend voordeel de gevraagde schorsing haar zou verschaffen.

VII. Besluit

19. Het enig middel is ernstig. De eerste bestreden beslissing dient dan ook in haar tenuitvoerlegging te worden geschorst.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Gillion Construct tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 7 december 2011 van Vice-Eerste Minister L. Onkelinx, om de overheidsopdracht voor aanneming van werken “4.4.21.2 - Renovatie van de sociale woningen gelegen Sint-Lazarushof te Sint-Jans-Molenbeek” te gunnen aan de nv Gillion Construct.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

5. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 maart 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest