

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.852 van 14 maart 2013
in de zaak A. 207.910/XII-7236**

In zake: de NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Helga Van Peer en Valentijn De Boe
kantoor houdend te 1150 Brussel
Tervurenlaan 268A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkommende partijen:

1. de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL
2. de NV CIT BLATON
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Nathanaëlle Kiekens en
Ellen Clymans
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen
3. de NV CEI-DE MEYER
4. de NV BETONAC
samen vormend de thv Cei-De Meyer nv-Betonac nv
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 februari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

“- de beslissing van het Vlaams Gewest van onbekende datum, zoals gevoegd bij het schrijven van het Vlaams Gewest d.d. 25 januari 2013, inzake de opdracht, voorwerp van het bestek 1M3D8E/11/11, ‘de aannemingsopdracht van werken voor Antwerpen: ondertunneling Gewestweg R11 ter hoogte van de Luchthaven Deurne’ waarbij wordt beslist de offerte van Aannemingsmaatschappij CFE nv (bijkantoor MBG) als onregelmatig te weren en de opdracht te gunnen aan de thv Jan De Nul nv - Blaton nv, voor een bedrag van EUR 54.716.185,75 (incl. BTW) / EUR 45.219.988,22 (excl. BTW); en
- de daaruit volgende impliciete beslissing om niet te gunnen aan CFE nv (bijkantoor MBG).”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 25 februari 2013 hebben de nv Ondernemingen Jan De Nul en de nv CIT Blaton, enerzijds, en de nv CEI-De Meyer en de nv Betonac, anderzijds, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 maart 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Helga Van Peer en Simon Ceulemans, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, advocaten David D’Hooghe en Ellen Clymans, die verschijnen voor de eerste en tweede tussenkomende partij, en advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters, die verschijnen voor de derde en vierde tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De Vlaamse Overheid, Afdeling Wegen en Verkeer Antwerpen, schrijft bij wijze van een algemene offerteaanvraag een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp “Antwerpen: ondertunneling gewestweg R11 ter hoogte van luchthaven Deurne”. De opdracht wordt geraamd op 43.800.000 euro.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 5 april 2012 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 7 april 2012.

3.3. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bijzonder bestek 1M3D8E/11/11.

Het doel van de aanneming wordt in het bestek als volgt uiteengezet:

“De werken situeren zich op de gewestweg R11, grondgebied Deurne/Mortsel/ Borsbeek ongeveer tussen de kilometerpunten 4.0 en 5.5.

Aanleiding der werken vormt de invoering van nieuwe veiligheidsvoorschriften door de ICAO (Internationale Burgerluchtvaartorganisatie) op 6/11/1999 waardoor veiligheidszones (RESA's ['runway end safety area']) in het verlengde van de baan vereist zijn.

De aanneming behelst de ondertunneling van de R11 over een lengte van ca 420m met aansluitende af- en toeritten in ‘open sleuf’ om deze RESA te kunnen realiseren.

Aan de start/landingsbaan van de luchthaven Antwerpen zal niets worden aangepast ter gelegenheid van deze werken.

Alleen de baanstrook zal door de bouw van de tunnel vrij van verkeer worden gemaakt. De RESA moet onverhard aangelegd worden door het tunneldak (na dichtings- en bescherm laag) te bedekken met ingezaaide bodem.

Er zal een afsluiting rond het domein worden geplaatst die de RESA omvat. De RESA zal de exploitatie van de luchthaven niet wijzigen maar wel bijdragen tot conformiteit inzake de internationale veiligheidsvoorwaarden met betrekking tot de baanstrook en de RESA.

De tunnelconstructie wordt ontworpen met voorzieningen (dit wil zeggen: het voldoende diep realiseren van de diepwanden) die een mogelijke latere onderdoorgang van een 2e tunnel, de zogenaamde R11-bis, mogelijk maken.

De werken noodzaken de inzet van bijzondere bouwtechnieken aangezien;

- de aangrenzende luchthaven tijdens de werken operationeel moet blijven. In aansluiting op de landingsbaan en in de onmiddellijke nabijheid ervan is de beschikbare ‘werkhoogte’ tijdens de exploitatie-uren van de luchthaven ernstig beperkt,
- het om een grondwaterdichte constructie moet gaan.

De aanneming omvat eveneens het leveren en plaatsen van wegverhardingen in de tunnel en heraanleg van een dubbelrichtingsfietspad in de directe omgeving, alsook signalisatie, elektromechanische installaties (verlichting, verluchting, pompen, detectie- en bewakingssystemen,...).

Deze overheidsopdracht betreft een ‘engineering & build’ opdracht, meerbepaald een geïntegreerde contractvorm waarbij diverse onderdelen van de realisatie van dit bouwproject - en in het bijzonder conceptkeuzes en uitvoeringsplannen- door de opdrachtgever aan één enkele opdrachtnemer worden toevertrouwd.

Financiering en onderhoud blijven evenwel de aanbestedende overheid toebehoren, alsook het aanvragen en bekomen van de stedenbouwkundige vergunning.

Conceptkeuzes en uitvoeringsmethoden en plannen kunnen evenwel slechts gemaakt worden binnen de beperkingen van:

- een door de opdrachtgever opgemaakt ‘referentieontwerp’ dat inherent deel uitmaakt van de opdrachtdocumenten,
- dit bijzonder bestek en haar bijgevoegde ‘programma’s van eisen’.”

Het deel “algemene informatie” van het bestek bevat de volgende bepaling:

“Erkenning wat betreft de werken:

- categorie: E klasse 8,
 - + D voor het aandeel tunnelafwerking en bouw technisch lokaal,
 - + C voor het aandeel wegeniswerken,
 - + P1, P2, P3 voor het aandeel elektromechanica,
 - + S voor de telecommunicatie-uitrusting.

Indien de aannemer ‘burgerlijke bouwkunde’ zelf niet beschikt over erkenning in de overige aannemingsdelen, dient hij dit aandeel toe te vertrouwen aan een onderaannemer die beschikt over een erkenning in de resp. categorie en met overeenstemmende klasse voor het aandeel van deze werken in het geheel van de opdracht.

De inschrijver dient bij de inschrijving hiervoor de nodige documenten ter staving in.

De aandacht van de inschrijvers wordt gevestigd op de bepalingen van art. 11 § 2 van de wet van 30 maart 1991 over de erkenning van de aannemers.”

Daarnaast wordt erop gewezen dat voor het uit te voeren studiegedeelte eveneens selectiecriteria gelden.

Het bestek bevat in deel I “algemene administratieve voorwaarden” tevens de volgende bepaling:

“Art. 17, 18 Kwalitatieve selectie:

Algemeen:

De Belgische inschrijver dient niet te bewijzen dat hij in orde is met zijn bijdragen aan de sociale zekerheid. In toepassing van het KB van 20 juli 2005 zal de aanbestedende overheid deze informatie zelf opvragen.

Met betrekking tot de werken:

De categorie en/of ondercategorie waarin de aannemer moet erkend zijn is vermeld in de algemene informatie.

Voor de Belgische inschrijver:

De bepalingen omtrent de nationale regeling erkenning der aannemers wordt voldoende geacht.

Voor de buitenlandse inschrijver:

Zie deel 'offerteformulier'

Met betrekking tot het te leveren studiewerk:

Voor het uit te voeren studiegedeelte dient de opdrachtnemer

- De sterkte en stabiliteit uit te rekenen
- De berekeningsnota's op te stellen en voor visum voor te leggen aan de aanbestedende overheid
- De studietekeningen op te stellen en ter goedkeuring voor te leggen aan de aanbestedende overheid

Daartoe dient de inschrijver bewijzen voor te leggen dat de aangestelde voor de studies beschikt over voldoende ervaring door het voorleggen van minimum 2 referenties met betrekking tot gelijkaardige opdrachten burgerlijke bouwkunde en elektromechanische technieken over de laatste 5 jaar.

Voor zover de ontwerper geen deel uitmaakt van de inschrijver zelf, dient de inschrijver aan te tonen dat hij daadwerkelijk kan beschikken over de voor uitvoering van de opdracht noodzakelijke, middelen inzonderheid door het voorleggen van een verklaring waaruit blijkt dat de ontwerper zich verbindt de opdracht uit te voeren."

Het bestek vermeldt voorts de volgende gunningscriteria:

"Voor de aanwijzing van de voordeligst regelmatige offerte wordt rekening gehouden met navermelde gunningscriteria (totaal= 1000 punten)

[...]

Totaalprijs	500
plan van aanpak	50
uitvoeringstermijn, werkprogramma	50
Veiligheidsplan uitvoering	50
Technieken	
- Subcriterium 1 (50)	
Kwaliteit van de verkeertechnieken	
- Subcriterium 2 (50)	
Kwaliteit van tunneltechnieken	
- Subcriterium 3 (50)	
Samenbouw van verschillende elektromechanische technieken	150
Methodologie overige eisenprogramma's	200."

Deel C van het offerteformulier gevoegd bij het bestek heeft betrekking op de erkenning van aannemers van werken en luidt als volgt:

"C. Erkenning van aannemers van werken

Waarschuwing: valse verklaringen betreffende de erkenning van aannemers van werken kunnen leiden tot toepassing van een in art. van de Wet van 20 maart 1991 bepaalde sanctie.

OFWEL

De erkenning komt overeen met de (onder)categorie en klasse zoals bepaald door het bestek en het bedrag van deze offerte.

Rekening houdend met de stand van de aan gang zijnde aannemingen zal het maximumbedrag van gelijktijdig uit te voeren werken, dat is vastgesteld voor de verkregen erkenningsklasse, door de toewijzing van deze opdracht niet worden overschreden.

OFWEL

De erkenning stemt overeen met de (onder-)categorie en klasse bepaald door het bestek en het bedrag van deze offerte.

Door de toewijzing van deze opdracht zal het maximumbedrag van de gelijktijdig uit te voeren werken, dat is vastgelegd voor de verkregen erkenningsklasse, worden overschreden. De voorgeschreven afwijkingsvraag is bij deze offerte gevoegd.

OFWEL

De bewijzen van erkenning in een andere Lidstaat van de Europese Unie en van de gelijkwaardigheid van die erkenning zijn bij deze offerte gevoegd.

OFWEL

De bewijzen dat aan de voorwaarden voor erkenning is voldaan, zijn bij deze offerte gevoegd.”

Ten slotte bevat deel 3.1. van het bestek, dat de algemene administratieve voorwaarden bevat in toepassing van het koninklijk besluit van 26 september 1996 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’, nog de volgende bepaling:

“Art. 10, § 1 Onderaannemers

De aannemer deelt aan de leidend ambtenaar schriftelijk de naam van zijn eventuele onderaannemer mee. Hij doet dat ten minste 15 kalenderdagen vóór de aanvang van de overeenstemmende werken, behalve in geval van hoogdringendheid waarbij deze termijn 15 kalenderdagen kan ingekort worden.

De aannemer dient het bewijs voor te leggen dat de betrokken onderaannemer voldoet aan de wetgeving inzake de erkenning van aannemers voor dat deel van de opdracht dat die onderaannemer zal uitvoeren.

Zolang dit bewijs niet is voorgelegd, mag de onderaannemer de werkzaamheden niet aanvangen.

De onderaannemer moet tijdens de uitvoering van het deel van de opdracht dat hem werd toevertrouwd in het bezit zijn van de vereiste erkenning.”

3.4. Negen inschrijvers dienen een offerte in. De offertes worden geopend op 14 augustus 2012:

- nv Pierre Roegiers & Co;
- thv CEI - Demeyer nv - Betonac nv;
- thv Jan De Nul nv - Blaton nv;
- nv CFE (MBG);
- thv Besix nv - Stadbader nv;
- thv ‘t Plein;
- thv Denys - Imtech - DCA;
- thv Van Laere nv - Cordeel nv - Max Bögl International;
- thv Franki - Aswebo.

3.5. Er wordt een gunningsverslag opgesteld op 16 november 2012.

Uit het gunningsverslag blijkt in de eerste plaats dat alle inschrijvers worden geselecteerd.

Daarna wordt de regelmatigheid onderzocht, waarbij geen van de offertes onregelmatig wordt bevonden. Ten slotte worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria. De jury besluit dat de thv Jan De Nul nv - Blaton nv de economisch meest voordelige en geschikte offerte heeft ingediend.

3.6. Vervolgens beslist de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken, bij besluit van onbekende datum, om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag toe te wijzen aan de thv Jan De Nul nv - Blaton nv voor een bedrag van 45.219.988,22 euro btw niet inbegrepen.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 19 december 2012 wordt aan de overige inschrijvers meegedeeld dat hun offerte niet werd gekozen. Als bijlage wordt een kopie bezorgd van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag.

3.8. Op 3 januari 2013 wordt tegen voormelde gunningsbeslissing een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld bij de Raad van State door nv CEI-De Meyer en nv Betonac (zaak gekend onder het rolnummer A. 207.554/XII-7204), evenals door nv Pierre Roegiers & Co (zaak gekend onder het rolnummer A. 207.573/XII-7204).

3.9. Bij beslissing van onbekende datum wordt de gemotiveerde beslissing van onbekende datum waarbij in het kader van voormeld bestek de opdracht werd gegund aan de thv Jan De Nul nv - Blaton nv ingetrokken.

3.10. Naar aanleiding van voormelde intrekking, verklaart de Raad van State in zijn arresten nr. 222.288 en 222.289 van 29 januari 2013 beide voormelde vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid zonder voorwerp en verwerpt de vorderingen.

3.11. Intussen wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld op 23 januari 2013.

In het gunningsverslag wordt in de eerste plaats besloten dat er geen inschrijvers worden uitgesloten en dat alle inschrijvers worden geselecteerd.

Specifiek wat de beoordeling van de gestelde eisen inzake erkenning betreft wordt daarbij het volgende opgemerkt:

“Erkenningsonderzoek:

Eisen: zie 1.2 hierboven.

Er werd onderzocht of alle kandidaten voldoen aan de erkenningsvereisten.

De aanbestedende overheid heeft de erkenning van alle inschrijvers geverifieerd. De jury ging voor elke inschrijver na of hij voldeed aan de in het bestek gevraagde erkenningsvereisten. Alle inschrijvers tonen, volgens de jury, op grond van dit onderzoek aan te beschikken over de nodige erkenningen of geven minstens de nodige waarborgen om over alle of

sommige van deze erkenningen te beschikken. Gelet dat geen enkel inschrijver op grond van een probleem bij de erkenning werd geweerd, werd geen overzichtstabel opgemaakt.”

Wat de beoordeling van de technische bekwaamheid betreft wordt opgemerkt dat “conform het bestek (bladzijden 21-22) de inschrijvers met betrekking tot het te leveren studiewerk de bewijzen [moeten] voorleggen dat de aangestelde voor de studies beschikt over voldoende ervaring door het voorleggen van minimum 2 refertes met betrekking tot gelijkaardige opdrachten burgerlijke bouwkunde en elektromechanische technieken over de laatste 5 jaar”. Vervolgens wordt voor elke inschrijver vermeld met welk studiebureau gewerkt wordt en worden een tweetal referenties vermeld.

Wat de thv Jan De Nul nv – Blaton nv betreft vermeldt het gunningsverslag op dit punt het volgende:

“THV Jan De Nul nv – Blaton nv

Studiebureau SBE

Ref.:

- Beernem: Lijn 50 A Brussel-Zuid-Oostende: afschaffen overwegen 47, 48, 49 en 50; bouwkunde met inbegrip van technieken Infrabel – Zone Gent
- Brugge: Verkeerstunnel Koninging Astridlaan en fietsers en voetgangerstunnel Witte Molenstraat onder de N31 AWW afd. West-Vlaanderen.”

Vervolgens wordt deze inschrijver, net zoals alle overige inschrijvers, geselecteerd.

Daarna wordt de regelmatigheid van de offertes onderzocht. Bij de beoordeling van de inhoudelijke regelmatigheid van de offertes wordt voorafgaandelijk het volgende opgemerkt:

“Alle offertes werden nagekeken op hun regelmatigheid. Dienaangaande werd duidelijk dat geen enkele offerte op alle punten volledig in orde is. Evenwel zijn niet alle offertes behept met substantiële onregelmatigheden. Hieronder wordt dan ook een onderscheid gemaakt tussen substantiële en

relatieve onregelmatigheden en waarbij in dit laatste geval zal worden gemotiveerd waarom een offerte al dan niet regelmatig wordt verklaard.”

Vervolgens wordt op grond van de in het gunningsverslag op de bladzijden 13 tot en met 23 uiteengezette motieven, geoordeeld dat de offertes van de nv Pierre Roegiers & Co, de nv CFE (MBG), de thv Besix nv - Stadsbader nv, de thv Denys – Imtech - DCA, de thv Van Laere – Cordeel - Max Bögl International en de thv Franki Aswebo behept zijn met één of meerdere substantiële nietigheden en uit de verdere procedure worden geweerd. De offertes van de thv CEI - De Meyer - Betonac, de thv Jan De Nul nv - Blaton nv en de thv ‘t Plein worden regelmatig verklaard en toegelaten tot de gunningsfase.

Specifiek met betrekking tot de offerte van nv CFE (MBG) vermeldt het gunningsverslag het volgende:

“4. CFE nv (MBG nv):

- Inzake de uitvoeringstermijn:

CFE vermeldt in zijn offerte duidelijk dat zij niet in het weekend werken, maar dat het bestuur dit wel kan vragen. Ze houden dan ook geen rekening in hun planning om te werken gedurende het weekend voor en na de exploitatieperiode, voor onder meer het verplaatsen van de baandrempel, en ze plannen deze werken in de eerstvolgende week. De inschrijver wenst deze werken aldus uit te voeren tijdens de werkdagen (ma.-vrij) waardoor de luchthaven tijdens de werkweek moet worden gesloten. Dit is in strijd met terechtwijzend bericht 38, waar duidelijk wordt aangegeven dat de luchthaven gesloten wordt tijdens het weekend voor en na de periode met beperkte exploitatie. Dit moet worden aangemerkt als een voorbehoud op een essentieel element van de opdracht, namelijk de uitvoeringstermijn, wat leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Verder blijkt uit de bijgevoegde timing ook dat de afwerking van de graded portion niet zal worden gehaald tijdens het tijdsvenster met beperkte exploitatie. De inschrijver garandeert enkel een volledig afgewerkt tunneldak binnen de volledige verplichte RESA-zone gedurende de periode met beperkte exploitatie. Er wordt verder niets vermeld hoe ver de werken zullen opgeschoten zijn tijdens de periode van beperkte exploitatie. Zoals opgenomen op pagina 368 van het bestek is het voor de opdrachtgever van essentieel belang dat de luchthaven voor of na het tijdsvenster met beperkingen voor de luchthaven volledig operationeel zou zijn. Hierom werden op pagina 368 van het bestek elementen opgenomen die van essentieel belang zijn voor het normaal exploiteren van de luchthaven. Eén

van deze elementen is: 'De baanlengte die beschikbaar is opstijgen en landen, waarbij rekening wordt gehouden met een supplementaire baanstrook (60m) en een RESA (runway end safety area) van 90 x 90m (45m langs weerszijden van de baan)'. Op pagina 367 van het bestek werd opgenomen aan welke eisen de graded portion van de baanstrook. Dit is het geëffend gedeelte van de baanstrook zodanig voorzien dat een vliegtuig hier veilig tot stilstand kan komen in geval van nood. De graded portion en de RESA dienen aan die eisen te voldoen tijdens normale exploitatie. Er werd een periode voorzien van 4,5 maanden (terechtwillend bericht 38) met gereduceerde baanlengte zodanig de huidige R11 buiten de baanstrook en verplichte RESA ligt en hier vrij kan gewerkt worden met in achtneming van de hoogte beperkingen. Deze periode van gereduceerde baanlengte is van essentieel belang in de uitvoeringstermijn daar buiten deze periode de graded portion en de verplichte RESA conform dienen te zijn met de eisen van het bestek zoals opgenomen op pagina 367. Daar de garantie voor het afwerken van de graded portion van de baanstrook niet gegeven werd, kan ook niet gegarandeerd worden dat de luchthaven operationeel is in de periode van normale exploitatie. Het afwerken van de graded portion van de baanstrook heeft invloed op de normale exploitatie van de luchthaven. Het niet halen van het toegestane tijdsvenster dient te worden aangemerkt als een voorbehoud op een essentieel element van de opdracht, namelijk de uitvoeringstermijn, wat leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

- Inzake de luchthavenexploitatie en de archeologie

CFE (MBG) garandeert enkel de verplichte RESA binnen de periode van de beperkte exploitatie. Er wordt bij het opheffen van de beperkte exploitatie periode geen garantie gegeven dat de graded portion van de baanstrook afgewerkt zal zijn. In de offerte wordt verder uitdrukkelijk gesteld dat het graven van de diepwanden en het aanbrengen van de wapening 's nachts gebeuren, maar het betonneren van diepwanden gebeurt overdag. Er is dus nog bouwactiviteit in de graded portion van de baanstrook waarbij men gebruik maakt van een giek met speciale haspels voor de slangen bij het betonneren. Deze hebben slechts een beperkte hoogte. Dat materieel wordt in een put geplaatst om onder de hindernisbeperkende vlakken te blijven. Dat is positief voor wat de hindernisbeperkende vlakken betreft, maar het feit dat er bouwactiviteiten bezig zijn, er putten aanwezig zijn en er machines in de baanstrook staan is negatief. Op pagina 367 werd duidelijk verwezen naar de geldende ICAO normen uit Annex 14. Het bestuur oordeelt dat het voorstel overdag te werken in de graded portion met machines die in putten staan in strijd is met punt 3.4.6 uit Annex 14 ('An object situated on a runway strip which may endanger aeroplanes should be regarded as an obstacle and should, as far as practicable, be removed'.) en 3.4.16 uit Annex 14 ('That portion of a strip of an instrument runway within a distance of at least 75m where the code number is 3 or 4 from the centre line of the runway and its extended centre line should be so prepared or constructed as to minimize hazards arising from differences in load-bearing capacity to aeroplanes which the

runway is intended to serve in the event of an aeroplane running off the runway'). Verder zijn onderhoudswerken ook in strijd met de bepalingen in het bestek betreffende de werken in de baanstrook tijdens normale exploitatie overdag: 'Baanstrook en RESA moeten vrij blijven van alle aannemersmaterieel en materialen'. Dit is niet in overeenstemming met de gestelde veiligheidseisen in het bestek. Voor het realiseren van de dakplaat werkt men 's nachts voor het graven.

De aanbestedende overheid is, gelet op bovenstaande opmerkingen, dan ook van oordeel dat offerte van CFE nv (MGB nv) substantieel onregelmatig is.

Naast de bovenvermelde substantiële onregelmatigheden, werden nog een relatieve onregelmatigheid opgemerkt inzake de specifieke prijsberekening voor de veiligheidsmaatregelen volgens het plan van aanpak (V&G-plan). Gelet op de wering van de offerte omwille van bovenvermelde redenen worden deze hier niet in extenso besproken."

Vervolgens worden de drie regelmatig bevonden offertes getoetst aan de gunningscriteria.

De jury besluit dat de thv Jan De Nul nv - Blaton nv "de economisch meest voordelige en geschikte offerte" heeft ingediend. De thv CEI - De Meyer - Betonac en de thv 't Plein worden respectievelijk tweede en derde gerangschikt.

3.12. Vervolgens beslist de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken, bij besluit van onbekende datum, om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag toe te wijzen aan de thv Jan De Nul nv - Blaton nv voor een bedrag van 45.219.988,22 euro btw niet inbegrepen.

3.13. Bij aangetekend schrijven van 28 januari 2013 wordt aan de inschrijvers waarvan de offerte onregelmatig werd verklaard, meegedeeld dat hun offerte onregelmatig werd bevonden en geweerd en wordt hen een uittreksel van de gemotiveerde beslissing meegedeeld. Aan de thv CEI-De Meyer nv - Betonac nv en de thv 't Plein wordt bij aangetekend schrijven van diezelfde datum meegedeeld dat hun offerte niet werd gekozen en wordt een kopie bezorgd van de gemotiveerde gunningsbeslissing.

IV. Tussenkomsten

4.1. De nv Ondernemingen Jan De Nul en de nv CIT Blaton, samen vormend de thv Jan De Nul nv - CIT Blaton nv, vragen om in de procedure te mogen tussenkomen. Zij zijn begunstigde van de bestreden beslissing en hebben er dus belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

4.2. De nv CEI-De Meyer en de nv Betonac, samen vormend de thv CEI - De Meyer nv - Betonac nv, vragen om in de procedure te mogen tussenkomen. Aangezien in het verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ook de regelmatigheid van hun offerte wordt betwist, hebben zij alleen al om die reden er evenzeer belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Ambtshalve valt op te merken dat een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, zoals hier verzoekende partij, in principe geen belang heeft om de toewijzing van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

De beoordeling van het belang bij de vordering hangt dan ook samen met de beoordeling van de ernst van de middelen: de vordering is enkel ontvankelijk indien verzoekende partij met de in het kader van een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste ernst kan aantonen dat één van beide voormelde hypothesen zich lijkt voor te doen.

Vanuit deze optiek is het aangewezen om het tweede middel, dat betrekking heeft op de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij zelf, eerst te beoordelen.

VI. 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. Te dezen is evenwel 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 van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Tweede middel

Uiteenzetting

7. Het tweede middel wordt door verzoekende partij samengevat als volgt:

“Genomen uit de schending van:

- artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten;
- artikelen 89 en 110 §2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 voor de aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken;
- het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*,
- de formele en materiele motiveringsverplichting; en
- het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Doordat verwerende partij de offerte van verzoekende partij als substantieel onregelmatig heeft geweerd uit de gunningsprocedure;

Terwijl de vermeende substantiële onregelmatigheden berusten op dwalingen in hoofde van verwerende partij; En terwijl het onderscheid dat verwerende partij maakt tussen substantiële en relatieve onregelmatigheden volstrekt arbitrair is en niet wordt gemotiveerd;

Zodat de gunningsbeslissing de in het middel ingeroepen bepalingen schendt.”

7.1. In een eerste onderdeel van het middel betwist verzoekende partij de beweerde onregelmatigheden op grond waarvan haar offerte substantieel onregelmatig werd bevonden.

De aanname in de bestreden gunningsbeslissing dat de verplaatsing van de luchthavendrempels niet plaatsvindt tijdens het weekend berust volgens haar op een foute lezing van haar offerte door de aanbestedende overheid. Zelfs indien het niet de intentie zou zijn geweest van verzoekende partij om de verplaatsing van de baandrempels te realiseren in de weekends (*quod certe non*),

maar slechts een “wens” zoals verwerende partij stelt, mag dit in geen geval leiden tot onregelmatigheid van haar offerte. Een wens is volgens haar geen voorbehoud.

Ook de vaststelling dat de afwerking van de “graded portion” niet zal worden gehaald tijdens het tijdsvenster met beperkte exploitatie berust volgens verzoekende partij op een foutieve interpretatie van haar offerte door de aanbestedende overheid. De vereiste dat de “graded portion” moest worden afgewerkt tijdens het tijdsvenster met beperkte exploitatie is volgens haar bovendien nieuw en valt niet af te leiden uit het bestek.

Met betrekking tot de vaststelling door verwerende partij dat de baanstrook en “graded portion” niet vrij blijven van aannemersmaterieel en materialen tijdens de normale exploitatie overdag, merkt verzoekende partij op dat uit het bestek begrepen kan worden dat er gewerkt mag worden zolang het aannemersmaterieel en -materiaal onder de hindernisbeperkende vlakken blijft, maar met dien verstande dat de baanstrook en RESA in alle geval moeten worden vrijgehouden. Volgens verzoekende partij voldoet haar offerte wel degelijk aan die vereiste. Voorts voert zij aan dat de twee ICAO normen waarnaar verwerende partij verwijst in het gunningsverslag, in werkelijkheid slechts aanbevelingen blijken te zijn.

Ten slotte wijst zij er in het kader van het eerste onderdeel nog op dat het ontbreken van de specifieke prijsberekening voor de veiligheidsmaatregelen door verwerende partij als een relatieve onregelmatigheid wordt beschouwd, doch voorts niet wordt gemotiveerd. Het valt volgens haar in ieder geval op dat dit probleem zich stelde bij 6 van de 9 bidders, zo ook voor 2 van de 3 inschrijvers die wel als regelmatig beschouwd werden.

7.2. In een tweede onderdeel werpt verzoekende partij op dat in het gunningsverslag weliswaar een onderscheid wordt gemaakt tussen substantiële en relatieve onregelmatigheden, doch dat niet wordt gemotiveerd op welke grondslag dit onderscheid wordt gemaakt. Bovendien vindt het door verwerende partij gemaakte onderscheid geen enkele basis in het bestek.

Ook gaat verwerende partij volgens haar op volstrekt inconsistente wijze om met vermeende onduidelijkheden met betrekking tot de regelmatigheid in de verschillende offertes waardoor het gelijkheidsbeginsel op flagrante wijze wordt geschonden in het nadeel van verzoekende partij. In het kader van dit onderdeel haalt zij enkele passages uit het gunningsverslag aan met betrekking tot de offertes van de thv CEI - De Meyer nv - Betonac nv en de thv Jan De Nul nv - Blaton nv die volgens haar dit arbitraire karakter en de hieruit volgende ongelijke behandeling illustreren.

Beoordeling

Eerste onderdeel

8. Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ 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.”

Luidens artikel 89, derde lid, van ditzelfde koninklijk besluit omvatten de essentiële voorwaarden van de opdracht onder meer “prijzen, termijnen, technische specificaties”.

Het voornoemde 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 onregelmatigheid waarbij 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 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 besteksbeplating betreft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële besteksbeplating, 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.

Uit het samennemen van artikel 89 en 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 volgt aldus dat voorschriften inzake technische specificaties in beginsel te beschouwen zijn als essentiële besteksbeplatingen.

Niet alle afwijkingen van technische specificaties leiden noodzakelijkerwijze tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. Soms maakt het bestek immers zelf een onderscheid tussen “minimumeisen/essentiële criteria” en “wensen”.

Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de technische eisen van het bestek te interpreteren. Het is immers zij die haar behoeften bepaalt. Verder komt het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State toe om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan besteksbeplatingen, zij het dat de Raad van State daarbij desgevraagd mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de perken van de redelijkheid niet zijn overschreden.

9. Het middel is technisch complex. Ook zo’n middel verdient het in het kader van een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid een beoordeling te krijgen, met dien verstande dat deze beoordeling noodzakelijk

het stempel van de uiterst dringende noodzakelijkheid zal dragen. Dat houdt in dat aan de beoordeling slechts een zeer precair karakter toekomt.

10. Voorts valt op te merken dat verzoekende partij bij haar uiteenzetting van het middel een vergelijking maakt met de motieven opgenomen in de eerste, ingetrokken, gunningsbeslissing. Dienaangaande wijst de Raad van State er op dat een intrekingsbeslissing tot gevolg heeft dat de eerste gunningsbeslissing wordt geacht nooit te hebben bestaan en dat verwerende partij dan ook in principe niet gebonden lijkt door de motieven waarop deze steunde.

11. Uit voormelde motivering in het gunningsverslag blijkt dat de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig wordt verklaard op grond van drie motieven die volgens verwerende partij elk afzonderlijk van aard zijn om de bestreden beslissing tot onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij te verantwoorden.

Opdat het middelonderdeel ernstig kan worden bevonden dient verzoekende partij op het eerste gezicht dan ook aan te tonen dat geen enkele van deze drie motieven voldoende draagkrachtig is om de beslissing tot onregelmatigverklaring te staven.

12.1. In een eerste motief merkt verwerende partij op dat er sprake is van een voorbehoud op een essentieel element van de opdracht, namelijk de uitvoeringstermijn, aangezien verzoekende partij in haar offerte vermeldt dat zij niet in het weekend werkt, maar dat het bestuur dit wel kan vragen. Zij houdt volgens verwerende partij dan ook geen rekening in haar planning om te werken gedurende het weekend voor en na de beperkte exploitatieperiode, voor onder meer het verplaatsen van de baandrempel, en zij plant deze werken in de eerstvolgende week. Volgens verwerende partij wenst de inschrijver deze werken aldus uit te voeren tijdens de werkdagen (maandag tot vrijdag) waardoor de luchthaven tijdens de werkweek moet worden gesloten. Dit is volgens verwerende partij in strijd met terechtwijzend bericht 38, waar duidelijk wordt aangegeven dat de luchthaven gesloten wordt tijdens het weekend voor en na de periode met beperkte exploitatie.

12.2. Verzoekende partij werpt tegen dat de aanname dat de verplaatsing van de luchthavendrempels niet plaatsvindt tijdens het weekend berust op een foute lezing van haar offerte door de aanbestedende overheid.

12.3. Deel VII van het bijzonder bestek bevat “eisen voor een veilige exploitatie van de luchthaven tijdens de werken”. Daarin wordt opgemerkt dat er “voor de uitvoering van de werken aan de ondertunneling van de R11 in de omgeving van de baan van de luchthaven Antwerpen een aantal zeer strikte voorwaarden [zijn] verbonden die verplicht moeten gevolgd worden door de aannemer tijdens het uitvoeren van de werken”.

Onder punt B.2.1) “werken tijdens de dag” van dit besteksdeel wordt opgemerkt dat de luchthaven gedurende drie maanden kan functioneren met een met 150m gereduceerde baanlengte en een tijdelijk verplaatste drempel.

In terechtwijzend bericht 38 wordt hierover bijkomend opgemerkt:

“De bepalingen rond de periode van 3 maanden exploitatie met gereduceerde baanlengte worden aangepast als volgt:

- De periode met exploitatiebeperkingen voor de luchthaven wordt begrepen tussen maandag 22/4/2013 6h00 en vrijdag 6/9/2013 23h00
- In het voorafgaande weekend zal de luchthaven voor alle luchtverkeer gesloten worden tbhv alle werken (markeringen, ...) voor invoering beperkte exploitatie:
Van vrijdag 19/4/2013 23h00 tot maandag 22/4/2013 6H00
- In het afsluitend weekend zal de luchthaven voor alle luchtverkeer gesloten worden tbhv alle werken voor het opheffen beperkte exploitatie:
Van vrijdag 6/9/2013 23h00 tot maandag 9/9/2013 6h00

Alle overige bepalingen blijven van kracht”.

Dergelijk voorschrift inzake termijnen en technische specificaties mag in beginsel worden beschouwd als een essentiële besteks bepaling.

In zoverre verzoekende partij in hoofdstuk 2 punt 2.2 van bijlage “2.4.2 planning” van haar offerte vermeldt: “Naast de standaardkalender zijn er activiteiten die een speciaal regime vragen (nachtwerk, weekendwerk,...)” en daaronder: “Daarom is op deze activiteiten een andere kalender toegepast met enkele bijzondere kenmerken: Er wordt gewerkt in een regime van 7,5u per dag, 5 dagen op 7”, lijkt er door de verwijzing naar 5 dagen op 7 op het eerste gezicht ook in dit speciaal regime geen sprake te zijn van weekendwerk.

Verder dient met verwerende partij op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat in hoofdstuk 3 van bijlage “2.4.2 planning” duidelijk vermeld staat:

“Zoals in paragraaf 2.2 aangegeven is tot nu toe geen rekening gehouden met ploegenwerk, noch met weekend - of nachtarbeid (met uitzondering van de werken die niet overdag kunnen uitgevoerd worden en de werken in de RESA-zone, zie hoofdstuk 4). Dit laat dus nog ruimte voor het aanzienlijk inkorten van de uitvoeringstermijn, indien uit besprekingen met de opdrachtgever blijkt dat dit wenselijk is.”

In de specifieke kalender met de uitvoeringsplanning van de RESA, voorziet verzoekende partij op het eerste gezicht weliswaar in werken tussen 20 tot en met 24 april 2013 met betrekking tot het verplaatsen van de drempel, doch in hoofdstuk 4 van de planningsnota wordt over de werken voor de uitvoeringsplanning van de RESA uitdrukkelijk vermeld dat in deze planning niet is voorzien dat er in de weekends wordt gewerkt.

Voormelde vaststelling van verwerende partij in het gunningsverslag, waarbij besloten wordt tot strijdigheid van de offerte van verzoekende partij met terechtwijzend bericht 38, lijkt op het eerste gezicht dan ook niet onterecht.

In de mate dat verzoekende partij in subsidiaire orde nog aanvoert dat een wens geen voorbehoud is, valt op te merken dat een voorbehoud impliceert dat er in feite en in rechte aanvaardbare gegevens voorhanden zijn die het aannemelijk maken dat de inschrijver aan zijn inschrijving een voorwaarde

heeft verbonden die geen steun vindt in het bestek en de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

Op het eerste gezicht is er in de offerte van verzoekende partij niet louter sprake van “een wens”, doch doet zij aangaande de uitvoeringstermijn een voorstel dat afwijkt van de besteksvereisten waarbij verwerende partij *prima facie* terecht mocht besluiten dat er sprake is van een voorbehoud op een essentieel element van de opdracht.

Het feit dat verzoekende partij daarnaast weliswaar te kennen geeft dat er nog ruimte is voor het aanzienlijk inkorten van de uitvoeringstermijn indien uit besprekingen met de opdrachtgever blijkt dat dit wenselijk is, is niet van aard om hierover anders te oordelen. Verzoekende partij lijkt hierbij op het eerste gezicht immers uit het oog te verliezen dat verwerende partij te dezen gekozen heeft voor de procedure van de offerteaanvraag, en dus niet voor een onderhandelingsprocedure, en dat de regelmatigheid van de offertes in beginsel dus dient te worden beoordeeld op basis van de offertes zelf en niet in het licht van aanvullende verklaringen die een wijziging van de offerte inhouden.

13. Gelet op het voorgaande, dienen de andere grieven die verzoekende partij uit op de twee overige motieven op basis waarvan eveneens tot substantiële onregelmatigheid van haar offerte wordt besloten in de huidige stand van het geding niet te worden onderzocht.

In de mate dat verzoekende partij in het kader van het eerste onderdeel nog opmerkt dat het ontbreken van de specifieke prijsberekening voor de veiligheidsmaatregelen door verwerende partij als een relatieve onregelmatigheid wordt beschouwd, doch verder niet wordt gemotiveerd, valt bovendien op te merken dat aangezien de offerte van verzoekende partij niet onregelmatig wordt bevonden om deze reden, zij geen belang lijkt te hebben bij deze grief.

14. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

15. Verzoekende partij werpt op dat in het gunningsverslag weliswaar een onderscheid wordt gemaakt tussen substantiële en relatieve onregelmatigheden, doch dat niet wordt gemotiveerd op welke grondslag dit onderscheid wordt gemaakt en dat dit onderscheid geen enkele basis vindt in het bestek.

Vastgesteld dient echter te worden dat in het gunningsverslag dienaangaande het volgende wordt opgemerkt:

“Alle offertes werden nagekeken op hun regelmatigheid. Dienaangaande werd duidelijk dat geen enkele offerte op alle punten volledig in orde is. Evenwel zijn niet alle offertes behept met substantiële onregelmatigheden. Hieronder wordt dan ook een onderscheid gemaakt tussen substantiële en relatieve onregelmatigheden en waarbij in dit laatste geval zal worden gemotiveerd waarom een offerte al dan niet regelmatig wordt verklaard.”

Vervolgens wordt bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes op het eerste gezicht in het gunningsverslag wel degelijk gemotiveerd waarom bepaalde afwijkingen slechts als relatieve onregelmatigheden worden aangemerkt.

Evenzeer lijkt op het eerste gezicht in het gunningsverslag betreffende de offerte van verzoekende partij te worden gemotiveerd waarom er op drie punten sprake is van een substantiële onregelmatigheid ten gevolge van afwijkingen van essentiële besteksbepalingen.

16. Daarnaast werpt verzoekende partij in het tweede onderdeel ook op dat er sprake zou zijn van een ongelijke behandeling van de inschrijvers bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes, waarbij zij enkele passages uit het gunningsverslag aanhaalt met betrekking tot de offertes van de thv CEI - De Meyer nv - Betonac nv en de thv Jan De Nul nv - Blaton nv die deze ongelijke behandeling illustreren.

Verzoekende partij lijkt, als onregelmatige inschrijver, geen belang te hebben bij deze grief aangezien zij slechts een beweerde ongelijke behandeling aanvoert ten aanzien van twee van de drie inschrijvers wiens offerte regelmatig werd bevonden. Op het eerste gezicht lijkt dit onderdeel van het middel – indien het ernstig zou worden bevonden – dan ook niet te kunnen leiden tot de conclusie dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

Ook moet op het eerste gezicht worden vastgesteld dat ten aanzien van de offerte van de gekozen inschrijvers, de thv nv Jan De Nul - nv Blaton, geen vergelijkbare vaststellingen werden gedaan in het gunningsverslag omtrent afwijkingen van het bestek inzake de uitvoeringstermijn en de eisen voor een veilige exploitatie van de luchthaven tijdens de werken.

17. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Het middel wordt verworpen.

B. Eerste middel

Uiteenzetting

18. Verzoekende partij voert de schending aan van “[de] artikelen 16, 18 en 19 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 voor de aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; artikel 65/5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten; het beginsel patere legem quam ipse fecisti; de formele en materiële motiveringsplicht; en het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Verzoekende partij voert in dit middel in essentie aan dat verwerende partij de drie inschrijvers waarvan de offerte regelmatig werd bevonden ten onrechte heeft geselecteerd aangezien, eerste onderdeel, uit het gunningsverslag niet blijkt dat de inschrijvers de thv Jan De Nul nv - Blaton nv, de thv CEI De Meyer nv - Betonac nv en de thv ‘t Plein voldoen aan elk van de

vereiste erkenningsvoorwaarden, zelfs integendeel nu het gunningsverslag stelt dat zij “beschikken over de nodige erkenningen of geven minstens de nodige waarborgen om over alle of sommige van deze erkenningen te beschikken” en, tweede onderdeel, uit de lijst van voorgelegde referenties in het gunningsverslag reeds *prima facie* blijkt dat verschillende van deze referenties niet voldoen aan de dubbele voorwaarde van (i) gelijkaardige opdracht burgerlijke bouwkunde en elektromechanische technieken en (ii) uitgevoerd over de laatste vijf jaar.

In ieder geval is er volgens verzoekende partij sprake van een schending van artikel 65/5, 5°, van de wet van 24 december 1993, overeenkomstig welke bepaling de gemotiveerde gunningsbeslissing de juridische en feitelijke motieven moet bevatten voor de selectiebeslissing, aangezien de gunningsbeslissing geen afdoende motivering bevat omtrent de evaluatie van het al of niet voldoen van de inschrijvers aan de in het bestek vooropgestelde selectiecriteria, noch een deugdelijke motivering bevat waarom de aanbestedende overheid bepaalde inschrijvers die overduidelijk niet voldoen aan de besteksvereisten toch in aanmerking heeft genomen voor de verdere beoordeling.

Beoordeling

19. Artikel 16, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt het volgende:

“Bij openbare aanbesteding en bij algemene offerteaanvraag, gaat de aanbestedende overheid op grond van de inlichtingen betreffende de eigen situatie van ieder aannemer en van de inlichtingen en documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de financiële, economische en technische minimumeisen overeenkomstig de artikelen 17 tot 20ter van dit besluit over tot de kwalitatieve selectie van de inschrijvers. Evenwel en onverminderd de toepassing van artikel 17, kan de aanbestedende overheid echter oordelen dat de minimumvoorwaarden van financiële, economische en technische aard, vereist krachtens de wetgeving betreffende de erkenning van aannemers van werken, voldoende zijn.”

De artikelen 18 en 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarvan eveneens de schending wordt ingeroepen, sommen vervolgens de “referenties” op, dit zijn de bewijsmiddelen waarmee de financiële en

economische draagkracht en technische bekwaamheid van de aannemer kan worden aangetoond, onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken.

Een kandidaat of een inschrijver kan zich overeenkomstig deze bepalingen in voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In dat geval moet hij de aanbestedende dienst aantonen dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de aannemer dergelijke middelen ter beschikking te stellen. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van kandidaten of van inschrijvers zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of die van andere entiteiten.

Voorts dient de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 18, derde lid en artikel 19, vierde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 in de aankondiging van opdracht of in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan te geven welke van deze referenties zij verlangt.

Verzoekende partij lijkt geen belang te hebben bij dit middel in de mate dat zij zich beroept op een schending van de formele motiveringsverplichting of van artikel 65/5, 5°, van de wet van 24 december 1993. Zij lijkt de juridische en feitelijke motieven van de gunningsbeslissing al van vóór het indienen van haar verzoekschrift te kennen en aldus in de mogelijkheid te zijn geweest deze inhoudelijk te betwisten.

Eerste onderdeel

20. Dit onderdeel is niet ernstig om volgende redenen.

20.1. Uit de offerte van de thv Jan De Nul nv - Blaton nv blijkt dat zij zelf beschikken over de vereiste erkenningen E klasse 8, D voor het aandeel tunnelafwerking en bouw technisch lokaal en C voor het aandeel wegeniswerken.

Voorts merken zij in hun offerte uitdrukkelijk op dat zij er in deze biedingsfase voor gekozen hebben zich nog niet te binden aan één enkele aannemer voor de plaatsing van de technieken, doch dat zij zelf een grondig ontwerp van technieken hebben gemaakt en hiervoor verschillende mogelijke onderaannemers hebben gecontacteerd. Zij wijzen erop dat zij in combinatie met de gecontacteerde studiebureaus over ruime en voldoende ervaring beschikken om de werken tot een goed einde te brengen en dat zij in deze context als bijlage ook de erkenningen van ondernemingen Fabrico en Cégelec toevoegen.

20.2. Overeenkomstig artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ moet de aannemer voldoen aan de erkenningsvoorwaarden op het ogenblik van de gunning van de opdracht.

20.3. Voorts dient erop te worden gewezen dat de erkenningsregeling enkel van toepassing lijkt op de aannemer en niet op zijn mede-contractanten, namelijk de onderaannemers. Wel kan de aanbestedende overheid, zoals zij hier deed, met toepassing van artikel 10 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden, gevoegd als bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’, in het bestek eisen dat de onderaannemers voldoen aan de wetgeving houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij zullen uitvoeren en dit op het ogenblik van het afsluiten van de onderaanneming.

Voormelde bepaling “artikel 10, § 1 Onderaannemers”, opgenomen in deel 3.1. van het bestek, lijkt op het eerste gezicht echter geen verband te houden met de kwalitatieve selectie, doch uitvoering te geven aan de mogelijkheid die geboden wordt door voormeld artikel 10 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden.

20.4. De algemene omschrijving aangaande de erkenning wat de werken betreft in het bestek, lijkt te moeten worden samengenomen met de bepaling in het bestek aangaande de kwalitatieve selectie waarin enerzijds wordt opgemerkt dat “de categorie en/of ondercategorie waarin de aannemer erkend moet

zijn is vermeld in de algemene informatie” en, anderzijds, dat “de bepalingen omtrent de nationale regeling erkenning der aannemers voldoende wordt geacht”.

Ingeval van opdrachten die bestaan uit verschillende werken, zoals hier het geval blijkt te zijn, lijkt de erkenningsreglementering niet te vereisen dat de inschrijver erkend moet zijn in al die (onder)categorieën.

Artikel 5, § 7, van het koninklijk besluit van 26 september 1991 ‘tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ bepaalt dienaangaande dat de categorie of ondercategorie waarin een aanneming die werken omvat die in verschillende categorieën en/of ondercategorieën gerangschikt zijn, die is waartoe het gedeelte van het uit te voeren werk behoort waarvan het bedrag het grootste percentage van de aannemingssom vertegenwoordigt.

In geval de aanneming werken van verschillende aard omvat waarvan de relatieve belangrijkheid ongeveer gelijk is, mag zij worden gerangschikt in meerdere van de betreffende categorieën of ondercategorieën. De inschrijver dient in dat geval evenwel slechts te zijn erkend in één van de voorgeschreven categorieën of ondercategorieën.

Hier lijkt verwerende partij op het eerste gezicht niet te hebben geoordeeld dat er sprake is van aanneming van werken van verschillende aard waarvan de relatieve belangrijkheid ongeveer gelijk is. De besteksbeplating bij de ‘Algemene Informatie’, lijkt op het eerste gezicht, in het licht van de erkenningsreglementering en het bestek dat hier uitdrukkelijk naar verwijst, eerder gelezen te moeten worden in de zin dat de opdracht wordt gerangschikt in categorie E, die betrekking heeft op “Algemene Aannemingen van Burgerlijke Bouwkunde”, klasse 8, waarbij dan lijkt te moeten worden aangenomen dat dit de categorie is waartoe het gedeelte van het uit te voeren werk behoort waarvan het bedrag het grootste percentage van de aannemingssom vertegenwoordigt. Enkel voor deze categorie wordt immers een klasse vermeld en in de tweede alinea van de litigieuze besteksbeplating is uitsluitend sprake van de aannemer “burgerlijke bouwkunde”. Dat de werken van burgerlijke bouwkunde het grootste percentage

van de aannemingssom vertegenwoordigen lijkt op het eerste gezicht te worden bevestigd door de samenvattende meetstaten van de inschrijvers.

20.5. Daarnaast moet in het licht van de erkenningsreglementering ingeval van opdrachten die bestaan uit verschillende werken ook een onderscheid worden gemaakt tussen, enerzijds, de vraag of de aannemer al dan niet de vereiste erkennings(onder)categorie bezit om de opdracht toegewezen te krijgen en, anderzijds, de vraag of hij de toegewezen werken zelf allemaal mag uitvoeren.

In dit verband dient erop te worden gewezen dat overeenkomstig artikel 5, § 6, van het koninklijk besluit van 26 september 1991, en behoudens andersluidende bepaling in het bestek, de erkenning in een categorie of ondercategorie voor een bepaalde aanneming de toelating meebrengt tot het uitvoeren van de werken die door hun aard de aanvulling vormen van een in hoofdzaak uit te voeren werk, zelfs indien ze tot een andere categorie of ondercategorie behoren.

De tweede alinea van de kwestieuze besteksbeepaling inzake de vereiste erkenning bij ‘Algemene Informatie’, lijkt op het eerste gezicht dan ook dergelijke andersluidende besteksbeepaling te betreffen waarin de aanbestedende overheid aangeeft dat indien de aannemer “burgerlijke bouwkunde” zelf niet beschikt over een erkenning wat de overige aannemingsdelen betreft, hij deze niet zelf mag uitvoeren als zogenaamde “aanvullende werken” doch dit aandeel dient toe te vertrouwen aan een onderaannemer die beschikt over een erkenning in de respectievelijke categorie en met overeenstemmende klasse voor het aandeel van deze werken in het geheel. Deze bepaling lijkt op het eerste gezicht dan ook geen betrekking te hebben op de vraag of de aannemer al dan niet de vereiste erkennings(onder)categorie bezit om de opdracht toegewezen te kunnen krijgen, doch wel op de vraag of hij de toegewezen werken zelf allemaal mag uitvoeren ook wanneer het werken betreft die tot een andere categorie of ondercategorie behoren en waarvoor hij niet over de vereiste erkenning beschikt, welke vraag door de aanbestedende overheid in het bestek dus uitdrukkelijk ontkennend wordt beantwoord.

20.6. Op het eerste gezicht bepaalt het bestek dus niet dat de inschrijver reeds bij de indiening van de offerte, op straffe van niet-selectie of op straffe van onregelmatigheid van de offerte, dient op te geven aan welke onderaannemer deze overige aannemingsdelen effectief zullen worden toevertrouwd. Integendeel lijkt voormelde bepaling uit deel 3.1. van het bestek nog ruimte te laten voor opgave van de identiteit van de onderaannemers gedurende de uitvoering van de opdracht.

20.7. Gelet op al het voorgaande lijken de betrokken besteks-bepalingen, samengenomen met de erkenningsreglementering, op het eerste gezicht aldus te moeten worden geïnterpreteerd dat, wat de kwalitatieve selectie betreft, de vereiste erkenningscategorie en klasse om de opdracht toegewezen te krijgen, categorie E “Algemene Aannemingen van Burgerlijke Bouwkunde”, klasse 8 is.

De gekozen inschrijver blijkt het bewijs van deze erkenning in de vereiste klasse bij zijn inschrijving te hebben gevoegd.

20.8. Op het eerste gezicht lijkt dan ook niet aangetoond dat verwerende partij ten onrechte is overgegaan tot selectie van de gekozen inschrijver.

20.9. De kritiek van verzoekende partij op de selectie van de thv CEI-De Meyer nv-Betonac nv en de thv 't Plein wat de erkenningsproblematiek betreft lijkt niet dienstig; uit de bespreking van het eerste onderdeel is gebleken dat de offerte van de tussenkomen partijen niet ten onrechte regelmatig is verklaard wegens de erkenningsproblematiek en uit de bespreking van het tweede middel is gebleken dat de offerte van verzoekende partij niet onterecht onregelmatig is verklaard; het eventueel ernstig bevinden van dit onderdeel ten aanzien van de offertes van beide voornoemde tijdelijke handelsvennootschappen ten aanzien van deze problematiek zou verzoekende partij dan ook geen baat bijbrengen.

Tweede onderdeel

21. Het onderdeel is niet ernstig om volgende redenen.

21.1. In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat de gekozen inschrijver niet voldoet aan de in het bestek en de aankondiging vereiste referenties inzake technische bekwaamheid, dient te worden opgemerkt dat het in de eerste plaats aan verwerende partij toekomt de voorgelegde referenties te beoordelen en dat zij terzake over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt.

Voorts blijkt uit het administratief dossier, meer bepaald uit de offerte van de gekozen inschrijver zelf dat deze voor het studiegedeelte beroep doet op twee studiebureaus: de nv S.C.E.S. (bouwkunde) en de nv SBE (bouwkunde en elektromechanische uitrustingen). Dit wordt niet alleen bevestigd door de neergelegde referenties in deel 6 van de offerte, doch ook door de verbintenissen van beide studiebureaus in deel 9 van de offerte waarin zij uitdrukkelijk verklaren dat zij gedurende de volledige duur van de opdracht de noodzakelijke middelen ter beschikking stellen van de thv Jan De Nul nv – Blaton nv. De uitsluitende vermelding in het gunningsverslag van studiebureau SBE lijkt een materiële vergissing te zijn.

Bovendien blijkt uit de offerte dat via beide studiebureaus de gekozen inschrijver niet slechts de twee in het gunningsverslag expliciet vermelde referenties heeft ingediend, doch dat zij 10 verschillende referenties neerlegt zoals onder meer blijkt uit het niet-vertrouwelijk stuk 5 van tussenkomende partijen. Verzoekende partij heeft hiervan kennis kunnen nemen maar laat ter terechtzitting na dit geheel aan referenties in haar argumentatie te betrekken.

Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat voldoende referenties lijken te vallen binnen de vereiste referentieperiode. Voorts lijken ze niet alleen betrekking te hebben op de ‘burgerlijke bouwkunde’, doch wel degelijk ook op ‘elektromechanische technieken’. Evenmin blijkt op het eerste gezicht dat er aldus onvoldoende referenties betreffende gelijkaardige opdrachten voorliggen.

In de huidige stand van het geding lijkt *prima facie* te moeten worden aangenomen dat verwerende partij terecht van oordeel mocht zijn dat de thv Jan De Nul nv – Blaton nv voldoet aan de gestelde selectie-eisen in het kader van de technische bekwaamheid met betrekking tot het te leveren studiewerk.

21.2. De kritiek van verzoekende partij op de selectie van de thv CEI-De Meyer nv-Betonac nv en de thv 't Plein wat de referentieproblematiek betreft lijkt niet dienstig; uit de bespreking van het tweede onderdeel is gebleken dat de offerte van de tussenkomende partijen niet ten onrechte regelmatig is verklaard wegens de erkenningsproblematiek en uit de bespreking van het tweede middel is gebleken dat de offerte van verzoekende partij niet onterecht onregelmatig is verklaard; het eventueel ernstig bevinden van dit tweede onderdeel ten aanzien van de offertes van beide voornoemde tijdelijke handelsvennootschappen wat deze problematiek betreft zou verzoekende partij dan ook geen baat bijbrengen.

22. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. De verzoeken van de nv Ondernemingen Jan De Nul en de nv CIT Blaton, enerzijds en de nv CEI-De Meyer en de nv Betonac anderzijds tot tussenkomst in het administratief kort geding worden 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 175 euro.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op 500 euro, elk voor een vierde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 maart 2013,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra