

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 116.074 van 18 februari 2003
in de zaak A. 132.565/XII-3755.**

In zake :

1. de NV HEIJMANS INFRA,
2. de NV DECKX ALGEMENE ONDERNEMINGEN,
3. de NV STADSBADER FLAMAND DESIRE,
4. de SA TRAVAUX DE MOUSCRON-SA TRAMO,
5. de NV VAN WELLEN AANNEMINGEN,
6. HEIJMANS INFRASTRUCTUUR EN MILIEU
(huidig HEIJMANS INFRASTRUCTUUR BV),
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
die woonplaats kiezen bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te Brussel,
Louizalaan 523/28.

tussenkomen de partijen :

1. de NV VAN BROEKHOVEN'S ALGEMENE
ONDERNEMINGEN,
2. de NV VAN GORP'S MODERNE WEGENBOUW,
3. de NV WEG EN BOUW,
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
die woonplaats kiezen bij
advocaat J.-J. Van Raemdonck,
kantoor houdende te Brussel,
Terhulpesteenweg 187.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Heijmans Infra, de NV Deckx Algemene Ondernemingen, de NV Stadsbader Flamand Desire, de SA Travaux De Mouscron-SA Tramo, de NV Van Wellen Aannemingen, Heijmans Infrastructuur en Milieu (Huidig Heijmans Infrastructuur BV), samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend (hierna : de THV Heijmans), op 3 februari 2003 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 18 december 2002 van het Ministerie van de Vlaamse

Gemeenschap, Departement Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Wegen en Verkeer - Afdeling Wegen en Verkeer Antwerpen, vertegenwoordigd door de heer Steve Stevaert om het structureel onderhoud van de RI Ring rond Antwerpen overeenkomstig het bestek 16DA/02/12 te gunnen aan de THV Van Broeckhoven, Van Gorp en Wegebo en de daaruit voortvloeiende impliciete beslissing om de voormelde opdracht niet te gunnen aan de THV Heijmans-Infra - Deckx - Stadsbader Flamand - Tramo Van Wellen - Heijmans Infra & Milieu”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 4 februari 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 februari 2003, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaten K. Ronse en J. Bert, die verschijnen voor de verwerende partij, en van J.-J. Van Raemdonck, die verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Overwegende dat de NV Van Broekhoven's Algemene Ondernemingen, de NV Van Gorp's Moderne Wegenbouw en de NV Weg en Bouw, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, (hierna : de THV Van Broekhoven) met een verzoekschrift van 10 februari 2003 hebben gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. De verwerende partij schrijft een opdracht uit voor het structureel onderhoud van de R1 (Ring rond Antwerpen), namelijk van KM -paal 0,000 (verkeerswisselaar van de R1 met de E19 en de A12 ten Noorden) tot aan KM -paal 14,200 (ingang Kennedytunnel op de linkeroever).

1.2. De opdracht wordt gegund bij beperkte offerteaanvraag voor de aanneming van werken. Op deze opdracht is het bestek met referentie 16DA/02/12 van toepassing.

1.3. Het bestek omschrijft het doel van de aanneming als het structureel onderhoud van de Antwerpse Ring van de Kennedytunnel tot aan de verkeerswisselaar met de A12 alsmede een diepgaande studie van de huidige toestand van het betrokken weggedeelte en zijn aanhorigheden waarbij de studie dient uitgevoerd in 2003 samen met een aantal voorbereidende werken terwijl de werken met ernstige verkeershinder aan de ring gebeuren in 2004 en 2005.

1.4. Volgens het bestek bedraagt de gestanddoeningstermijn voor de inschrijvers 120 kalenderdagen en bedraagt de uitvoeringsperiode maximum 1034 kalenderdagen, geraamd tussen 1 februari 2003 en 30 november 2005.

1.5. Deze termijn wordt in deel 1.B.2. van het bestek verder opgesplitst in zeven uitvoeringsperiodes (onderzoeksperiode, tussenperiode 1, tussenperiode 2, hoofdperiode 1, tussenperiode 3, hoofdperiode 2 en afbouwperiode) waarbij voor elke periode een maximum uitvoeringstermijn is bepaald, een uiterste (“ten vroegste”) begindatum en een uiterste (“ten laatste”) einddatum. Binnen elk van deze uitvoeringsperiodes worden de werken uitgevoerd volgens door het bestuur opgelegde fasen dan wel volgens vrije fasen. Deze laatste worden door de aannemer bepaald in overleg en met goedkeuring van het bestuur binnen bepaalde begin- en einddata. Door de aannemer kunnen onder meer voor de twee hoofdperiodes, waaronder de werken in de Kennedytunnel, kortere uitvoeringstermijnen worden gegarandeerd die dan na gunning het statuut van contractuele uitvoeringstermijn krijgen.

1.6. Bij de offerte moet krachtens de aanvulling van het bestek bij de artikelen 89 en 90 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (deel I A, blz. 1-10) onder meer een schematisch

verkeerscirculatieplan worden gevoegd dat rekening houdt met, eensdeels, de dwingende randvoorwaarden van artikel 30, § 1, van het bestek (zoals dat het verkeer over de Ring te allen tijde in beide richtingen gegarandeerd blijft, met een minimum profiel van 2 x 2 (eventueel plaatselijk versmalde rijstroken), en, anderdeels, met hoofdstuk X.3 van de technische voorschriften. Het plan dient uit te gaan van de hypothese dat de verbindingsslussen tussen de A-wegen en de rijbaan van de R1 die voor het verkeer in twee richtingen is ingericht, gelijkgronds kruisen met de werf, wat volgens het bestek “in principe een nadelige invloed heeft op de werforganisatie, op de kwaliteit van uitvoering en op de uitvoeringstermijnen”.

1.7. Krachtens de aanvulling in het bestek bij het voornoemde artikel 115 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 (deel IA, blz. 13-14) dient de inschrijver in de basisofferte, zowel voor de invulling van de samenvattende opmetingsstaat als voor de onderwerpen in de nota over “kwaliteit”, dus ook in het verkeerscirculatieplan, rekening te houden met “moeilijk verenigbare basisrandvoorwaarden” : enerzijds de aanleg van doorlopend gewapend beton op de R1-rijbaan die volledig voor het verkeer is afgesloten en anderzijds het verplicht openhouden van de verbindingsslussen tussen A-wegen en de R1-rijbaan die in twee richtingen opengehouden wordt voor het verkeer onder de voorwaarden van het voormelde artikel 30, § 1, van het bestek. Voorts dient hij zijn basisofferte op te bouwen “uitgaande van een gelijkgrondse kruising van werf en werkverkeer op de zijns inziens best mogelijke wijze en rekening houdende met de specificaties voor de onderbreking van het doorlopend gewapend beton zoals beschreven onder bijgevoegd artikel 1A-901”. De nota inzake kwaliteit dient deze benaderingswijze grondig toe te lichten.

1.8. Volgens dezelfde voormelde aanvulling van de artikelen 89 en 90 moet de inschrijver naast zijn basisofferte, blijkens de aanvulling bij art. 115 van het meervermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 (blz. 1-13) zelfs op straffe van nietigheid, minstens één opgelegde variant formuleren waarbij de inschrijver een zo laag mogelijke interferentie tussen de werf en het doorgaand verkeer op de verbindingsslussen betracht door middel van één of meerdere tijdelijke niet gelijkgrondse kruisingen, blijkens de aanvulling bij artikel 115 (blz. 1-14) “van deze lussen over de werf”. Tevens moet de nodige aandacht besteed worden aan het zoveel mogelijk beperken van de interferentie van het gewone verkeer en de aan- en afvoer van grondstoffen en materialen nodig voor de uitvoering. Onder meer de randvoorwaarden met betrekking tot termijnen en fasering en deze inzake verkeers-

circulatie (artikel 30, § 1) blijven blijkens de aanvulling bij artikel 115 voor de invulling van variantoffertes onverminderd van kracht alsmede het vereiste deze alternatieve benaderingswijze grondig toe te lichten. Indien in niet-gelijkgrondse kruisingen als tijdelijke constructies voorzien wordt, dienen deze volgens deze aanvulling “minstens te voldoen aan de specificaties zoals beschreven onder bijgevoegd artikel 1A - 901” van het bestek. Dit artikel bepaalt inzake niet-gelijkgrondse kruisingen onder meer dat deze verwezenlijkt kunnen worden “door het werfverkeer over een gelijkgrondse lusweg te leiden of door de lussen over de werkzone te leiden”. Inzake gelijkgrondse lussen is onder meer bepaald dat “om de slipformpaver te kunnen verplaatsen over de tijdelijke lussen kan het verkeer enkel kortstondig onderbroken worden en dit tijdens de nacht of het weekend. Elke onderbreking van het verkeer dient voorafgaandelijk goedgekeurd door de leidend ambtenaar”.

1.9. Krachtens de aanvulling in het bestek bij de voormelde artikelen 89 en 90 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 moeten voorts ook ondertekende nota's betreffende beton en asfalt worden bijgevoegd met namen en adressen van de leveranciers van de te gebruiken grondstoffen met bevestiging (voor de asfaltinstallatie staat er : schriftelijke bevestiging) dat zij de nodige hoeveelheden van deze grondstoffen kunnen en zullen leveren rekening houdende met de door de aannemer voorziene planning van de productie.

1.10. Als gunningscriteria worden in de aanvulling in het bestek bij artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 vermeld de prijs (maximum 50 punten), de uitvoeringstermijn (25 punten, verdeeld als volgt : maximum 14 punten voor de som van de uitvoeringstermijnen van hoofdperiode 1 en 2, 6 punten voor de som van de uitvoeringstermijn voor de twee uitvoeringsperiodes voor de werken in de Kennedytunnel, maximum 5 punten voor de “globale prijs per dag”)- en de kwaliteit (25 punten, verdeeld als volgt : verkeerscirculatieplan maximum 9 punten; werforganisatie en -inrichting maximum 4 punten; planning per uitvoeringsperiode maximum 4 punten; kwaliteitsborging maximum 4 punten en voorstel flankerende maatregelen maximum 4 punten).

Daarbij is uitdrukkelijk bepaald dat voor de toekenning van de punten voor het criterium “prijs” een rekenkundig gemiddelde van alle verbeterde prijzen wordt berekend en dat de inschrijvers een puntenaantal krijgen toegewezen in functie van hun afwijking van dat gemiddelde waarbij aan het gemiddelde 50% van het maximum aantal punten van dit subcriterium wordt toegekend (dus 25) en

waarbij in functie van de afwijking naar boven of naar beneden ten opzichte van dat gemiddelde aan de inschrijvers respectievelijk bijkomende punten worden toegekend of worden afgetrokken. Voor het criterium uitvoeringstermijnen is uitdrukkelijk bepaald dat voor de subcriteria 1 en 2, per subcriterium een rekenkundig gemiddelde van alle inschrijvers wordt berekend waarbij de inschrijvers per subcriterium een puntenaantal krijgen vertrekkende van 50% van de punten waarbij in functie van hun afwijking naar onder of naar boven ten opzichte van deze berekende gemiddelden punten worden toegekend of afgetrokken. Ook inzake de globale prijs per dag wordt vertrokken van een rekenkundig gemiddelde van alle inschrijvingsprijzen waarbij de inschrijvingsprijs die daar het dichtst bij ligt het maximum der punten krijgt, de tweede 4, de derde 3, de vierde 2 en de vijfde, zesde en zevende 1 punt.

1.11. Aanvullend daarbij werd, blijkbaar ten behoeve van de gunningscommissie, een “Nota evaluatiemethode en puntenberekening van de gunningswijze” opgesteld ten behoeve van een eenduidige interpretatie en toepassing van de beoordeling. De “versie 3” van 28 oktober 2002 daarvan werd als bijlage 4 bij het voorstel tot gunning gevoegd.

1.12. Blijkens het gunningsverslag is op 13 juli 2002 Europees een enuntiatieve aankondiging gepubliceerd terwijl de oproep tot kandidaatstelling Europees gepubliceerd is op 20 augustus 2002. Ook in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 augustus 2002 wordt de aankondiging van kandidatuurstelling voor de in het geding zijnde opdracht gepubliceerd.

Op grond van het verslag van kwalitatieve selectie van 1 oktober 2002 worden drie kandidaten geselecteerd : de THV Heijmans, de THV Betonac - Aswebo, de THV Van Broekhoven en voorwaardelijk BV Koop Tjuchem.

De uitnodiging tot inschrijving wordt op 16 oktober 2002 overgemaakt aan de drie geselecteerde kandidaten. De offertes dienden te worden ingediend tegen uiterlijk 25 november 2002 om 11 uur.

1.13. Na een informatievergadering op 31 oktober 2002 worden op 13, 18 en 20 november 2002 verbeteringsberichten en vragen en antwoorden uitgewisseld. In een antwoord op vraag 32.3 of “klassieke” werkmethodes moeten worden bijgevoegd, stelt het bestuur dat in het bijzonder bestek wordt “gevraagd naar werkmethodes in combinatie met de vraag naar innoverende technieken” zodat klassieke werkmethodes niet opgenomen moeten worden en dat het bestuur vooral geïnteresseerd is in die werkmethodes “die illustreren hoe omgesprongen wordt met

de kritische elementen in [het] toch wel complexe dossier” zoals aanpak en gehanteerde werkmethodes voor het realiseren van de werken aan de Kennedytunnel, onder meer de werkmethodes om deze werken binnen de opgegeven uitvoeringstermijn te realiseren, en zoals de aanpak en gehanteerde werkmethodes voor het realiseren van de kruisingen van de verbindingsslussen van de A-wegen met de R1, al dan niet gelijkgronds.

1.14. De drie geselecteerde kandidaten dienen vervolgens elk tijdig een offerte in. De THV Betonac - Aswebo dient daarbij een basisofferte in en één variante; de THV Heijmans en de THV Van Broekhoven een basisofferte met 4 varianten.

1.15. In een brief van 20 december 2002 aan het bestuur waarschuwt de THV Heijmans, klaarblijkelijk aannemend dat de offertes nog worden onderzocht, voor het systeem van bindende deeltermijnen die een maximale uitvoeringstermijn vormen om de verkeershinder tot een minimum te beperken en waarbij de inschrijvers voor de twee hoofdperiodes (werken op de ring zelf) en voor de onderhoudswerken in de Kennedytunnel kortere uitvoeringstermijnen kunnen garanderen, gecombineerd met een bonus-malussysteem waarbij het maximum van de bonus of de malus vastgesteld is op 10% van het totaalbedrag dat verbonden is aan de uitvoering van de werken tijdens de respectieve deeltermijnen die door de inschrijver voorgesteld werden. Zij stelt dat dit systeem kan leiden tot speculatieve aanbiedingen met onrealistische uitvoeringsscenario's, terwijl de termijnen essentiële voorwaarden zijn en een offerte, die bestanddelen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, als onregelmatig kan worden beschouwd. In acht genomen de eisen in verband met het “opdrijven van de tunnel”, de termijn voor het verharden van de magere betonfundering (7 kalenderdagen volgens het bestek) en de termijn voor het verharden van de vette beton (minimum 7 dagen volgens het bestek) alsook de voorafgaandelijk aan te brengen signalisatie en bescherming van de tunnelwanden, zou volgens haar een minimale termijn van 50 kalenderdagen per tunnelkoker een realistische uitvoeringstermijn zijn en zou elke kortere uitvoeringstermijn een inherente afwijking zijn van een essentieel bestekbestanddeel, de uitvoeringstermijn, en niet met de werkelijkheid overeenstemmen zodat dergelijke offerte noodzakelijkerwijze substantieel onregelmatig is.

1.16. In het verslag van de gunningscommissie en het voorstel tot gunning van 9 december 2002 worden de varianten 2, 3 en 4 van de THV Heijmans

en van de THV Van Broekhoven fundamenteel niet conform geacht met de dwingende randvoorwaarden van het beleidsscenario verkeer zodat enkel de basisofferte en variant 1 van de drie inschrijvers worden beoordeeld. De basisofferte en variant 1 van de THV Van Broekhoven krijgen daarbij de beste quotering inzake prijs, vóór de basisofferte en variant 1 van de THV Betonac - Aswebo en deze van de THV Heijmans alsook inzake uitvoeringstermijn, vóór deze van de THV Heijmans en deze van de THV Betonac - Aswebo. Inzake kwaliteit worden de basisofferte en variant 1 van de THV Heijmans eerst gequoteerd, vóór de variant 1 van de THV Betonac - Aswebo, de variant 1 van de THV Van Broekhoven, de basisofferte van de THV Betonac - Aswebo en deze van de THV Van Broekhoven.

Uiteindelijk wordt de verplichte variant van de THV Van Broekhoven eerst gerangschikt en vervolgens de basisofferte van dezelfde THV, de verplichte variant en basisofferte van THV Heijmans en de verplichte variant en basisofferte van de THV Betonac-Aswebo en wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de THV Van Broekhoven voor variant 1.

1.17. Op 18 december 2002 beslist de bevoegde Vlaamse minister om de opdracht, “gelet op de motivering van het voorstel van gunning” waarvan de “motieven volledig [worden] overgenomen” te gunnen aan de THV Van Broekhoven, ten bedrage van 98.699.277,59 euro, voor variantofferte 1.

1.18. In een op 8 januari 2003 aangetekend verzonden brief wijst de raadsman van de THV Heymans op de voornoemde brief van 20 december 2002 van THV Heijmans die intussen informeel vernomen zou hebben dat een gunningsbeslissing werd genomen, en vraagt hij met toepassing van artikel 25 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 om kennisgeving van de “gemotiveerde gunningsbeslissing”. Tevens wordt gevraagd om deze beslissing mede te delen vooraleer haar te betekenen ten einde de THV Heijmans in staat te stellen de wettigheid van die beslissing te beoordelen en haar subjectief recht op uitvoering van de opdracht in natura te vrijwaren, recht dat volgens haar onder meer zou steunen op een ingebrekestelling van België door de Europese Commissie wegens een onvolledig in het Belgisch recht omgezette “rechtsbeschermingsrichtlijn nr. 86/665/EEG”.

In een antwoordbrief van 22 januari 2003 betwist het bestuur dat de bedoelde richtlijn onvolledig werd omgezet, wordt bevestigd dat de opdracht niet

aan de THV Heijmans werd toegewezen en wordt de toewijzingsbeslissing medegedeeld. Om de THV Heijmans in staat te stellen het correct verloop van de procedure na te gaan zonder de beslissing nodeloos te moeten betwisten, wordt tegelijk beslist de toewijzingsbeslissing niet vóór 7 februari 2003 te betekenen aan de begunstigde inschrijver.

1.19. Met een brief, blijkbaar verzonden op 22 januari 2003, deelt het bestuur ook aan de THV Betonac-Aswebo mee dat aan haar offerte geen gunstig gevolg werd gegeven. Met een brief van 23 januari 2003 antwoordt de THV Betonac-Aswebo dat zij bijgevolg aanneemt dat de opdracht aan een andere gegadigde werd toegewezen en vraagt zij overeenkomstig artikel 25, § 1, 3° van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 om mededeling binnen de daartoe voorgeschreven termijn, van de gemotiveerde toewijzingsbeslissing. Met een brief, blijkbaar verzonden op 24 januari 2003, wordt deze beslissing medegedeeld, maar zonder het bijhorende verslag van de gunningscommissie. Dit wordt medegedeeld op 28 januari 2003.

1.20. Op 3 februari 2003 wordt tegen de toewijzingsbeslissing en de impliciete beslissing de opdracht niet aan de THV Heijmans te gunnen de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend door de leden van deze THV.

1.21. Op 7 februari 2003 dienen ook de leden van de THV Betonac-Aswebo een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen deze toewijzingsbeslissing (zaak nr. A. 132.741/XII-3763);

2. Over de grondvoorwaarden tot schorsing.

2. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan 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;

2.1.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partijen in een eerste middel de schending inroepen van artikel 110, § 2, juncto 89, van het meervermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, in essentie omdat de opdracht, zonder afdoende motivering, wordt toegewezen aan een inschrijver met een offerte die substantieel onregelmatig zou zijn, om de volgende redenen :

- (1)- volgens artikel 115 van het bestek dient de inschrijver in de basisofferte rekening te houden met moeilijk verenigbare basisrandvoorwaarden namelijk, enerzijds, de aanleg van doorlopend gewapend beton op de R1-rijbaan die volledig voor het verkeer is afgesloten en, anderzijds, het verplicht openhouden van de verbindingslussen tussen de A-wegen en de R1-rijbaan die in twee richtingen opgehouden wordt voor het verkeer waarbij volgens artikel 30, § 1, van het bestek, dat de dwingende randvoorwaarden bepaalt, te allen tijde ervoor gezorgd dient te worden dat het verkeer over de Ring in beide richtingen gegarandeerd blijft met een minimaal profiel van 2 x 2 (eventueel plaatselijk versmalde) rijstroken en een maximaal aantal rijstroken;
- het gunningsverlag daarentegen stelt inzake de offerte van de THV Van Broekhoven uitdrukkelijk vast dat in het verkeerscirculatieplan bij de basisofferte de opgelegde en te allen tijde te garanderen verkeersbewegingen tussen A-wegen en de R1 niet helemaal gegarandeerd worden aangezien wordt voorgesteld het conflictpunt dat optreedt door kruising van het doorgaande verkeer en het werfverkeer op te lossen door een eventuele kortstondige onderbreking, bijvoorbeeld door middel van verkeerslichten, van het doorgaan-de verkeer ten voordele van het werfverkeer
- nochtans blijkt uit het bestek dat het doorlopend karakter van het verkeer dient gewaarborgd en blijkens bepaling 1.2. van het artikel IA-901 enkel kortstondige onderbrekingen tijdens de nacht of het weekend worden toegelaten om de slipformpaver over de tijdelijke lussen te kunnen verplaatsen;
- de basisofferte van de THV Van Broekhoven is dus substantieel onregelmatig;
- (2) - de verplichte variantofferte van deze THV is eveneens substantieel onregelmatig aangezien gewerkt wordt met tijdelijke bruggen ten behoeve van het werfverkeer over de verbindingslussen met de A-wegen;
- volgens artikel 115 van het bestek moet daarentegen in de verplichte variante worden voorzien in een oplossing van het conflictpunt van de gelijkgrondse kruising van het wegverkeer op de verbindingslussen van de R1-rijbaan met de A-wegen enerzijds en de werf anderzijds door één of meerdere tijdelijke

- niet-gelijkgrondse kruisingen van deze lussen “over” de werfzone en dus moet het wegverkeer over de verbindingslussen worden omgeleid en niet omgekeerd;
- voorts resulteert deze variant niet in een betere uitvoeringskwaliteit of een verkorte uitvoeringstermijn zoals de bedoeling was van het bestek dat voor de verplichte variant slechts in twee onderbrekingen in de verharding voorziet in plaats van zes voor de basisofferte, aangezien de variant niet spreekt van een betere uitvoering en zelfs langer duurt;
 - daarnaast blijkt uit het gunningsverslag dat geen of slechts summiere informatie werd verstrekt over de vooropgestelde werkmethodes, de aanvoer, de opslag en afvoer van materialen tijdens de werken en de zonering van de werf, zodat de vraag rijst naar de technische haalbaarheid ervan; het bestuur heeft nochtans de taak na te gaan of een offerte met de werkelijkheid overeenstemt en de inhoudelijke randvoorwaarden van het bestek respecteert;
 - en het bestuur de betrokken offerte zonder concrete toelichting, -tenzij de verwijzing naar de voor de variant gegeven korting waaruit wordt afgeleid dat de aannemer in overweging nam dat deze variant voor hem toch heel wat voordeel oplevert en dus de consequenties van deze op het eerste gezicht duurdere oplossing ernstig heeft onderzocht- aanvaardde als alternatieve werkmethode voor het realiseren van de kruisingen, erkend als een kritiek punt;
- (3)- de gekozen offerte van de THV Van Broekhoven is substantieel onregelmatig wat betreft de uitvoeringstermijn aangezien
- vooreerst voor de uitvoering van de onderhoudswerken aan de Kennedytunnel -waarvoor het bestek een maximumtermijn van telkens 60 dagen voorzag per koker- een totale termijn van 60 dagen wordt voorgesteld waarvan het gunningsverslag zelf stelt dat deze “uiterst krap” is maar dat de uitvoeringsplanning planningstechnisch geen onregelmatigheden bevat en de planning met een werkregime van 24/24 u en 7/7 dagen en het bereiken van een maximaal rendement niet onrealistisch of onhaalbaar is, terwijl de voorziene werken onmogelijk per koker binnen 30 dagen uitgevoerd kunnen worden aangezien overeenkomstig artikel 4.10.1.3. van hoofdstuk V van het standaardbestek 250 gedurende de eerste zeven kalenderdagen na het verrichten van de aanlegwerkzaamheden geen verkeer wordt toegelaten op de magere betonfundering en het verkeer en zwaar bouwplaatsverkeer krachtens artikel 1.1.3.16 van hoofdstuk VI van dat bestek pas toegelaten wordt wanneer het verhardingsproces voldoende gevorderd is, namelijk te dezen na technisch minstens 7 dagen en in de realiteit waarschijnlijk 14 dagen;

- voorts wijst het gunningsverslag zelf op een fout in de planning van de THV Van Broekhoven voor tussenperiode 2 die uitgaat van affreezing 16 u per dag terwijl dit in de opgegeven periode slechts gedurende bepaalde uren tijdens de nacht mag en op een bepaalde dag zou inhouden dat de ring in één richting compleet is afgesloten richting Breda zodat het gunningsverslag kennelijk tegenstrijdig is door te stellen dat de planning planningstechnisch niet onregelmatig is en voorbijgaat aan het feit dat de planning ingaat tegen een essentiële bestekvoorwaarde aangezien het verkeer op de ring richting Breda wordt afgesloten;
- ten slotte is de offerte wat de uitvoeringstermijn betreft onregelmatig aangezien de voorgestelde kalendertermijn voor de uitvoering van de werken in hoofdperiode 2 gekoppeld is aan de aanvang der werken op 3 mei 2005, wat het gunningsverslag conform artikel 28, § 1, van het bestek acht, terwijl aldus in feite een voorbehoud wordt gemaakt bij het naleven van een essentiële bestekbepaling, de uitvoeringstermijn, aangezien die naleving afhankelijk wordt gesteld van de start op één bepaalde dag, hetgeen een onredelijke voorwaarde is ook al ligt deze binnen de in het bestek voorziene uitvoeringsperiode;

dat de verzoekende partij besluit dat aldus de THV Van Broekhoven, eensdeels, een basisofferte heeft ingediend die substantieel onregelmatig is en, anderdeels, geen bestekconforme verplichte variantofferte heeft ingediend en dat dienvolgens haar integrale offerte substantieel onregelmatig is;

2.1.2. Overwegende dat krachtens artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de aanbestedende overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van de criteria die verschillend kunnen zijn naargelang de opdracht, te dezen op grond van de criteria bepaald in het bijzonder bestek; dat krachtens artikel 110, § 2, van hetzelfde besluit de aanbestedende overheid, onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële bestekbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89 -dat verwijst naar prijzen, termijnen en technische specificaties- offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande kan beschouwen, indien zij onder meer enig voorbehoud bevatten of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen;

(1) Overwegende dat te dezen bij de offerte krachtens de aanvulling van het bestek bij de artikelen 89 en 90 van het meervermelde besluit van 8 januari 1996 (deel IA

blz. 1-10) onder meer een schematisch verkeerscirculatieplan gevoegd moet worden dat voldoet aan de “dwingende randvoorwaarden” van artikel 30, § 1, van het bestek zoals dat het verkeer over de Ring te allen tijde in beide richtingen gegarandeerd blijft naast een minimum profiel van 2 x 2 (eventueel plaatselijk versmalde rijstroken) en dat uitgaat van de hypothese dat de verbindingsslussen tussen de A-wegen en de rijbaan van de R1 die voor het verkeer in twee richtingen is ingericht gelijkgronds kruisen met de werf, wat volgens het bestek in principe een nadelige invloed heeft op de werforganisatie, de kwaliteit van uitvoering en de uitvoeringstermijn, alsook met hoofdstuk X.3 van de technische voorschriften; dat krachtens dezelfde aanvulling van de artikelen 89 en 90 de inschrijver naast zijn basisofferte, blijkens de aanvulling bij artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 (blz. 1-13) “op straffe van nietigheid”, minstens één verplichte variant moet formuleren waarbij hij een zo laag mogelijke interferentie tussen de werf en het doorgaand verkeer op de verbindingsslussen betracht door middel van één of meerdere tijdelijke niet-gelijkgrondse kruisingen, blijkens de aanvulling bij artikel 115 (blz. 1-14) “van deze lussen over de werfzone”; dat tevens de nodige aandacht moet worden besteed aan het zoveel mogelijk beperken van de interferentie van het gewone verkeer en de aan- en afvoer van grondstoffen en materialen nodig voor de uitvoering; dat, indien er in niet-gelijkgrondse kruisingen als tijdelijke constructies wordt voorzien, deze minstens dienen te voldoen aan de specificaties zoals beschreven in het bijgevoegd artikel IA-901 van het bijzonder bestek; dat dit artikel inzake niet-gelijkgrondse kruisingen onder meer bepaalt dat deze verwezenlijkt kunnen worden “door het werfverkeer over een gelijkgrondse lusweg te leiden of door de lussen over de werkzone te leiden”; dat inzake gelijkgrondse lussen onder meer is bepaald dat “om de slipformpaver te kunnen verplaatsen over de tijdelijke lussen kan het verkeer enkel kortstondig onderbroken worden en dit tijdens de nacht of het weekend. Elke onderbreking van het verkeer dient voorafgaandelijk goedgekeurd door de leidend ambtenaar”;

Overwegende dat uit het gebruik van de term “op straffe van nietigheid” voor het indienen van minstens één verplichte variant lijkt te kunnen worden afgeleid dat het niet indienen van een dergelijke variant een substantiële onregelmatigheid is; dat gelet op de term “dwingende randvoorwaarden” in artikel 30, § 1, van het bestek, dit ook lijkt te gelden voor de daarin opgenomen voorwaarden zoals dat het verkeer over de Ring te allen tijde in beide richtingen gegarandeerd blijft met een minimum profiel van 2 x 2 (eventueel plaatselijk versmalde rijstroken), voorwaarden waaraan zowel de basisofferte als de verplichte variant moeten voldoen;

Overwegende dat in het gunningsverslag zelf inzake de offerte van de THV Van Broekhoven uitdrukkelijk wordt vastgesteld dat in het

verkeerscirculatieplan bij de basisofferte de opgelegde en te allen tijde te garanderen verkeersbewegingen tussen de A-wegen en de R1 “niet helemaal gegarandeerd” blijken te worden aangezien wordt voorgesteld het conflictpunt dat optreedt door kruising van het doorgaande verkeer en het werfverkeer op te lossen door een eventuele kortstondige onderbreking, bijvoorbeeld door middel van verkeerslichten, van het doorgaand verkeer ten voordele van het werfverkeer; dat zoals gezegd uit het bestek nochtans blijkt dat het doorlopend karakter van het verkeer dient te worden gewaarborgd als dwingende randvoorwaarde en dat blijkens artikel 1.2. van het artikel 1A-901 enkel kortstondige onderbrekingen tijdens de nacht of weekend worden toegelaten om de slipformpaver te kunnen verplaatsen over de tijdelijke lussen; dat de gunningscommissie echter tegelijk vaststelt dat de verplichte variante van de THV Van Broekhoven, die uiteindelijk gekozen werd, wel voldoet aan deze randvoorwaarden, hetgeen verzoekende partijen niet betwisten;

Overwegende dat aldus te dezen in de huidige stand van de procedure niet valt in te zien en de verzoekende partijen ook niet aantonen hoe door het indienen van een op het hier aan de orde zijnde punt eventueel niet regelmatige basisofferte invloed kan hebben op de beoordeling van de gekozen variant en op welke wijze hierdoor het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden; dat uit het bestek niet lijkt voort te vloeien dat de vaststelling in voornoemd geval van de onregelmatigheid van de basisofferte automatisch leidt tot de onregelmatigheid van de verplichte variante; dat dienvolgens het onderdeel (1) van het middel niet dienstig lijkt ter ondersteuning van een nietigverklaring van de bestreden beslissingen en dienvolgens niet ernstig is;

(2) Overwegende dat ook de regelmatigheid van de verplichte variant door de verzoekende partijen wordt betwist, in essentie omdat gewerkt wordt met tijdelijke bruggen ten behoeve van het werfverkeer over de verbindingslussen met de A-wegen terwijl volgens artikel 115 van het bestek in de verplichte variant voorzien zou moeten worden in een oplossing van het conflictpunt van de gelijkgrondse kruising van het wegverkeer op de verbindingslussen van de R1-rijbaan met de A-wegen enerzijds en de werf anderzijds door één of meerdere tijdelijke niet gelijkgrondse kruisingen van deze lussen “over” de werfzone en dus het wegverkeer over de verbindingslussen moet worden omgeleid en niet omgekeerd; dat echter vastgesteld moet worden dat de woorden “kruisingen van deze lussen over de werf” wel zijn opgenomen op blz. 1-14 terwijl op blz. 1-10 enkel sprake is van “niet-gelijkgrondse kruisingen”; dat ook in artikel 1A-901 inzake deze kruisingen wordt gesteld dat deze verwezenlijkt kunnen worden niet alleen door het werfverkeer over de gelijkgrondse lusweg te leiden maar ook door de lussen over de werkzone te leiden; dat dienvolgens in de huidige stand van het geding niet blijkt dat het bestek duidelijk de

variant van tijdelijke bruggen ten behoeve van het werfverkeer over de verbindingslussen met de A-wegen uitsluit; dat, in tegenstelling tot wat verzoekende partijen menen, er ook geen reden lijkt te zijn om aan te nemen dat de gunningscommissie zich niet zou hebben gerealiseerd dat deze variant werkt met bruggen voor het werfverkeer aangezien op bladzijde 36 van dat verslag uitdrukkelijk sprake is van ongelijkvloerse kruisingen voor het werfverkeer over de verbindingslussen bij de bespreking van de inschrijving van de THV Van Broekhoven;

Overwegende dat de verzoekende partijen ook betogen dat de variant niet zou resulteren in een betere uitvoeringskwaliteit of een verkorte uitvoeringstermijn zoals de bedoeling zou zijn van het bestek, aangezien de variant niet spreekt van een betere uitvoering en zelfs langer duurt en uit het gunningsverslag blijkt dat geen of slechts summiere informatie werd verstrekt over de vooropgestelde werkmethodes, de aanvoer, de opslag en afvoer van materialen tijdens de werken en de zonering van de werf, zodat de vraag rijst naar de technische haalbaarheid terwijl het bestuur nochtans de taak heeft na te gaan of een offerte met de werkelijkheid overeenstemt en de inhoudelijke randvoorwaarden van het bestek respecteert; dat daarbij op het eerste gezicht dient te worden opgemerkt dat de stelling dat vragen rijzen bij de technische haalbaarheid op zichzelf niet afdoende aantoonst dat deze variant niet met de werkelijkheid overeenstemt, terwijl de verbetering door het alternatief al kan liggen in het vermijden van een gelijkvloerse kruising met alle nadelen vanden inzake verkeershinder en de maatschappelijke kost daarvan, waarnaar de gunningscommissie ook uitdrukkelijk verwijst; dat het onderdeel (2) van het middel niet ernstig is;

(3) Overwegende dat de verzoekende partijen ten slotte stellen dat de gekozen offerte van de THV Van Broekhoven ook substantieel onregelmatig is inzake de uitvoeringstermijn, aangezien voor de uitvoering van de onderhoudswerken aan de Kennedytunnel, waarvoor het bestek een maximumtermijn van telkens 60 dagen voorziet (per koker) een onrealistische totale termijn van in totaal 60 dagen wordt voorgesteld; dat daarbij dient te worden opgemerkt dat het gunningsverslag zelf weliswaar aangeeft dat deze termijn “uiterst krap” is maar ook dat de uitvoeringsplanning “planningtechnisch geen onregelmatigheden” vertoont en er geen reden is om de planning met een werkregime van 24/24 u en 7/7 dagen en het bereiken van een maximaal rendement als onrealistisch of niet haalbaar te beschouwen; dat de verzoekende partijen in ieder geval niet met de in een schorsingprocedure

bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste prima facie ernst aantonen dat dit technisch oordeel onzorgvuldig is door hun verwijzing naar de periodes van twee maal 7 dagen dat niet gewerkt zou kunnen worden in afwachting van verharding van het beton;

Overwegende dat voorts de grief wordt aangebracht, dat het gunningsverslag tegenstrijdig is doordat het zelf wijst op een fout in de planning van de THV Van Broekhoven voor tussenperiode 2 die uitgaat van affreezing 16 uur per dag terwijl dit dan slechts gedurende bepaalde uren tijdens de nacht mag en op een bepaalde dag zou inhouden dat de ring in één richting compleet is afgesloten en doordat het verslag toch stelt dat de planning planningtechnisch niet onregelmatig is; dat die grief voorbijgaat aan het feit, eensdeels, dat deze fout niet de uitvoering van de werken in de tunnel lijkt te betreffen, maar de tussenperiode 2, en, anderdeels, dat de commissie tegelijk stelt dat het gaat om een fout en geen opzet, die vermeden kan worden door herschikkingen binnen de opgegeven termijn; dat de verzoekende partijen het tegendeel niet aantonen; dat tegelijk de commissie daarmee lijkt te hebben aangegeven waarom dit alles niet ingaat tegen een essentiële bestekvoorwaarde aangezien het verkeer op de ring richting Breda, door herschikking van taken, niet wordt afgesloten;

Overwegende ten slotte, dat het argument dat de offerte ook onregelmatig zou zijn aangezien de voorgestelde kalendertermijn voor de uitvoering van de werken in hoofdperiode 2 gekoppeld is aan de aanvang der werken op 3 mei 2005 lijkt voorbij te gaan aan artikel 28, § 1, van het bestek dat zelf verwijst naar de aanvang van de termijnen op de datum waarop de desbetreffende werkperiode of fase volgens de goedgekeurde uitvoeringsplanning van de aannemer dient aan te vangen, los van de vraag of deze bepaling in de offerte inderdaad zo gelezen moet worden dat de uitvoeringstermijn enkel verbindend is indien de desbetreffende werken op die dag aanvangen en, mede gelet op de motivering verletdagen te vermijden, niet veeleer als vroegst mogelijke aanvangsdatum; dat dienvolgens ook onderdeel (3) van het middel en meteen het middel in zijn geheel niet ernstig is;

2.2.1. Overwegende dat in een tweede middel de verzoekende partijen de schending inroepen van de artikelen 89 en 90 van het meervermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 zoals aangevuld door het bestek en de schending van het gelijkheidsbeginsel, aangezien uit het gunningsverslag blijkt dat de voorgeschreven “schriftelijke bevestiging voor de grondstoffen” bij de THV Van Broekhoven ontbreekt en het bestuur daar niet overheen kan stappen met de enkele vaststelling

dat de schriftelijke bevestiging van UCP wel is toegevoegd betreffende de toelevering van granulaat, wat het meest kritisch is op het vlak van de beschikbaarheid, aangezien uit het bestek blijkt dat zeer veel aandacht wordt besteed aan de kwaliteit en tijdige uitvoering van de werken waarbij de verzekering van de bevoorrading van de voornaamste grondstoffen, zijnde bindmiddel, vulstof, cement voor de beton- en asfaltcentrales essentieel is en aangezien bovendien de vennootschap die normaal bij de THV Van Broekhoven voor de levering en bevoorrading van deze grondstoffen zou instaan niet in het bezit is van een vergunning omdat deze op 25 november 2002, datum van indiening van de offertes, was geschorst;

2.2.2. Overwegende dat krachtens de aanvulling in het bestek bij de artikelen 89 en 90 ondertekende nota's over beton en asfalt bijgevoegd moeten worden met naam en adressen van de leveranciers van de te gebruiken grondstoffen voor mengsels met “bevestiging [voor de asfaltinstallatie staat er : schriftelijke bevestiging] dat zij de nodige hoeveelheden van deze grondstoffen kunnen en zullen leveren rekening houdende met de door de aannemer voorziene planning van de productie”; dat niet bepaald is dat dit op straffe van nietigheid vereist is; dat alsdan de vraag rijst of het niet bijvoegen van bepaalde stukken de beoordeling of de vergelijking van de offertes op een essentieel punt heeft bemoeilijkt of onmogelijk gemaakt;

Overwegende dat te dezen in de huidige stand van de procedure uit het bestek lijkt te kunnen worden afgeleid dat de besproken nota's bedoeld zijn als garantie dat deze met naam te vermelden leveranciers de nodige hoeveelheden kunnen en zullen leveren rekening gehouden met de door de aannemer voorziene planning, planning die essentieel is voor een essentiële bestekbepaling, de termijnen; dat te dezen volgens de verzoekende partijen bestekbepalingen geschonden zijn omdat uit het gunningsverslag blijkt dat een voorgeschreven schriftelijke bevestiging voor de grondstoffen bij de THV Van Broekhoven ontbreekt; dat het bestuur echter tegelijk vaststelt dat de schriftelijke bevestiging wel is toegevoegd van UCP betreffende de toelevering van granulaat, “wat het meest kritisch is op het vlak van de beschikbaarheid”; dat de tussenkomen partij er daarbij op wijst dat de bedoelde ondertekening zelfs overbodig was nu enkel een nota van de inschrijvers was voorgeschreven; dat de verzoekende partij niet aantoont waarom het oordeel van het bestuur onzorgvuldig is, meer bepaald waarom ook de beschikbaarheid van andere grondstoffen kritisch is en waarom daarom de afwezigheid van gegevens ter zake de

vergelijking van de offertes onmogelijk zou hebben gemaakt; dat het middel niet ernstig is;

Overwegende dat geen van de aangevoerde middelen ernstig is;

2.3. Overwegende dat niet voldaan is aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek van de NV Van Broekhoven's Algemene Ondernemingen, de NV Van Gorp's Moderne Wegenbouw en de NV Weg en Bouw, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing, bepaald op 1050 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een zesde.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op 375 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor een derde.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
achttien februari 2003, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.