

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 166.264 van 21 december 2006
in de zaak A. 179.052/XII-4943.**

In zake :

1. de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL,
 2. de NV ALGEMENE AANNEMINGEN VAN LAERE,
 3. de NV BETONAC,
 4. de vennootschap naar Nederlands recht NV KONINKLIJKE BAM GROEP,
 5. de NV CEI-DE MEYER,
 6. de SA SOCIETE DE TRAVAUX GALERE,
 7. de NV DE MEYER,
 8. de NV INTERBUILD,
 9. de vennootschap naar Frans recht SA EGIS PROJECTS,
 10. de vennootschap naar Nederlands recht BV FLUOR,
- samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap LORO,
die woonplaats kiezen bij
advocaten C. De Wolf en J. Timmermans,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de naamloze vennootschap van publiekrecht BEHEERS-
MAATSCHAPPIJ MOBIEL (BAM),
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe, R. Vermeersch en S. Jochems,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

tussenkommende partijen :

1. de NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE,
 2. de NV AANNEMINGEN VAN WELLEN,
 3. de NV BESIX,
 4. de NV CORDEEL ZETEL TEMSE,
 5. de NV DREDGING INTERNATIONAL,
 6. de NV FABRICOM GTI,
 7. de NV VICTOR BUYCK STEEL CONSTRUCTIONS NV,
 8. de vennootschap naar Frans recht VINCI SA,
 9. de vennootschap naar Frans recht VINCI CONCESSIONS SA,
- samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap NORIANT,
die woonplaats kiezen bij
advocaat B. Martens,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Ondernemingen Jan De Nul, de NV Algemene Aannemingen Van Laere, de NV Betonac, de NV Koninklijke Bam Groep, de NV Cei-De Meyer, de SA Soci  t   de Travaux Galere, de NV De Meyer, de NV Interbuild, de SA Egis Projects en de BV Fluor, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap LORO, op 1 december 2006 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing d.d. 17 november 2006 van de raad van bestuur van de Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel nv, afgekort ‘BAM’, waarbij wordt beslist : ‘De offerte die werd ingediend door de THV LORO wordt niet weerhouden voor deelname aan de BAFO-fase’”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 5 december 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 14 december 2006, om 10.30 uur;

Gezien het op 11 december 2006 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Aannemingsmaatschappij CFE, de NV Aannemingen Van Wellen, de NV Besix, de NV Cordeel Zetel Temse, de NV Dredging International, de NV Fabricom GTI, de NV Victor Buyck Steel Constructions NV, de SA Vinci, de SA Vinci Concessions, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap NORIANT, vragen in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij met de verzoekende partijen in mededinging getreden zijn inzake de in het geding zijnde opdracht en hun belangen door de vordering worden geraakt; dat hun verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten C. De Wolf en J. Timmermans, die verschijnen voor de verzoekende partijen, van advocaten D. D’Hooghe en S. Jochems, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat B. Martens, die verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

De gegevens van de zaak

Overwegende dat de Raad van State in het voorliggende dossier geacht wordt kennis te nemen van een inleidend verzoekschrift van 81 bladzijden met bijgevoegd een gewoon en een vertrouwelijk stukkenbundel, van een nota van 69 bladzijden met bijgevoegd een stukkendossier dat gewone, gedeeltelijk en geheel vertrouwelijke stukken bevat en van een verzoekschrift tot tussenkomst van 24 bladzijden met een stukkendossier dat gewone en vertrouwelijke stukken bevat; dat een aantal “stukken” de omvang hebben van boekdelen en andere cd’s of dvd’s zijn; dat de partijen ervan blijk geven de voorgeschiedenis en de gegevens van het dossier terdege te kennen zodat de Raad, zoals hij overigens uit de wetseconomie van een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient af te leiden, slechts het volgende beperkt feitenrelaas geeft :

1. De in het geding zijnde opdracht is een zogenaamde DBFM - opdracht (design, build, finance, maintain of ontwerp, bouw, financiering, onderhoud en instandhouding).

Als stuk 9 van het administratief dossier heeft verwerende partij deel A van het te dezen toepasselijke bestek 2004/005 “masterplan Antwerpen - Oosterweelverbinding” neergelegd. Dit deel A is de “leidraad onderhandelings-procedure”.

In dit deel wordt op bladzijde 6 een “korte omschrijving van het project” gegeven. Deze luidt : “De Oosterweelverbinding of sluiting van de kleine Ring (R1) rond Antwerpen maakt de verbinding tussen de R1 (Kennedytunnel) -E17 - E34 op de Linkerscheldeover en de R1 (Viaduct Merksem)- E19-A12 op de Rechterscheldeoever.” De nieuwe verbinding omvat een nieuwe verkeerswisselaar op de Linkerscheldeover, een aansluitingscomplex op de Rechterscheldeoever, een afgezonken tunnel onder de Schelde, een verkeersknooppunt ter hoogte van Oosterweel en een stedelijke ringweg Noord.

Het bestek is in vier delen verdeeld: het voormelde deel A, een deel B- Algemene informatie, een deel C - Contractuele documenten waaronder C3 de vraagspecificatie met het “programma van eisen” waaraan het project dient te voldoen en een deel D- bijlagen.

Onder meer uit deel A blijkt, en zulks lijkt ook niet door de partijen te worden betwist, dat voor het verwezenlijken van het betrokken project verwerende partij heeft gekozen voor een onderhandelingsprocedure met voorafgaandelijke bekendmaking.

De in deel A, blz. 9 en 17, van het bestek voorgeschreven procedure lijkt de volgende :

- eerste fase

De “geselecteerde” bidders worden in het bezit gesteld van het bestek met het oog op het latere indienen van een “eerste” offerte; er is in een plenaire toelichtingsvergadering voorzien alsook in “bilaterale besprekingen”. Laatstgenoemde besprekingen zijn besprekingen tussen verwerende partij en één van de bidders. Bedoeling volgens het bestek is dat door de bidders “kan worden getoetst of hun oplossingen moeilijk te aanvaarden risico’s opleveren en/of passen binnen de vraagspecificatie”.

Volgt dan de indiening van een offerte zonder varianten (deel A, blz. 19). De offerte wordt beoordeeld op grond van volledigheid, formele regelmatigheid en “overeenstemming met vraagspecificatie”. De offertes die onvolledig zijn, niet aan de formeel gestelde eisen voldoen of “niet in overeenstemming zijn met de vraagspecificatie en/of het ambitieniveau niet halen en/of onvoldoende getuigen van kwaliteit en/of niet getuigen van realiteitszin, kunnen zonder meer worden geweerd”. Enkel de BAFO’s die in het kader van de tweede fase worden ingediend, zullen het voorwerp uitmaken van een beslissende beoordeling op grond van de gunningscriteria. (punt 3.2.5.1. leidraad).

Inzake de overeenstemming met de vraagspecificatie vermeldt de leidraad (punt 3.2.5.3.) het volgende :

“Vervolgens [dit is: nadat de volledigheid en de formele regelmatigheid van de offerte is vastgesteld] wordt getoetst of de volledige en formeel regelmatige Offertes in overeenstemming zijn met de Vraagspecificatie.

Onder meer zal worden nagegaan of het Ontwerp in voldoende mate beantwoordt aan het ambitieniveau zoals beschreven in ontwerphandboek C.7.A “Ontwerphandboek Architectuur en Stedenbouw - Duurzame en Integrale Aanpak Oosterweelverbinding”. Tevens zal worden onderzocht of de Offerte getuigt van voldoende kwaliteit, inzicht en realiteitszin, zodat voldoende vertrouwen wordt verkregen dat de Bieder het complexe Project op een adequate wijze kan uitvoeren.

De Opdrachtgever kan ter verduidelijking of toelichting hiervan vragen stellen aan de Bieders.

De Offertes die niet in overeenstemming zijn met de Vraagspecificatie en/of het ambitieniveau kenbaar niet halen en/of onvoldoende getuigen van kwaliteit en/of niet getuigen van realiteitszin, kunnen zonder meer worden geweerd”.

- tweede fase

Deze fase omvat besprekingen van de ingediende offerte, de indiening van de BAFO (Best And Final Offer) en de beoordeling ervan. De BAFO wordt getoetst aan de gunningscriteria (leidraad punt 3.8) en deze zijn de prijs, de architectuur en de procesbeheersing.

Uit de gunningsmethodiek (leidraad punt 3.8.3) valt af te leiden dat de meest voordelige BAFO die is - na een correctie op grond van een fictief prijsvergelijkingsvoordeel voor het gunningscriterium procesbeheersing (hoogstens 30 miljoen €) - die het best scoort voor het criterium architectuur én maximaal 100 miljoen € duurder is dan de laagste BAFO.

2. Vier samenwerkingsverbanden worden geselecteerd, meer bepaald THV AB, THV LORO, THV NORIANT en THV Bourgyes. Deze worden toegelaten tot de eerste fase van de onderhandelings-procedure. De eerste drie dienen een eerste offerte in.

3. In een beslissing van 12/16 oktober 2006 beslist verwerende partij de offerte van de THV AB te weren op grond van de beoordeling eerste fase exclusief “ambitieniveau inzake ruimtelijke kwaliteit”.

De vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van die beslissing, ingesteld door de THV AB werd verworpen bij arrest van de Raad van State nr. 165.404 van 30 november 2006.

4. Op 17 november 2006 neemt de raad van bestuur van verwerende partij met unanimité de bestreden beslissing waarbij ze de offerte van verzoekende partijen “niet weerhoudt”.

In de motivering wordt onder meer gesteld hetgeen volgt :

“Gelet op de beslissing van de raad van bestuur van 12 en 16 oktober 2006 om de offertes die werden ingediend door de THV Noriant en de THV Loro verder te onderzoeken ten aanzien van het al dan niet beantwoorden aan het ambitieniveau zoals beschreven in het ontwerphandboek C.7.A. ‘Ontwerphandboek Architectuur en Stedenbouw - Duurzame en Integrale Aanpak Oosterweelverbinding’”;

“Gelet op het unanieme advies van de Kwaliteitskamer ‘Beoordeling eerste Offerte THV Loro - Ambitieniveau inzake Ruimtelijke Kwaliteit’ van 31 oktober 2006, waarvan de overwegingen, uitgebrachte beoordelingen, en motieven integraal en zonder voorbehoud als overgenomen moeten worden beschouwd, en die aldus mee de motivering van de hiernavolgende beslissingen uitmaken”;

De grondvoorwaarden voor de schorsing

1. 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;

Overwegende dat de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zoals de Raad van State reeds herhaaldelijk heeft vastgesteld, en zulks uitvoerig onder meer in zijn arrest NV Laboratoria Van Vooren, nr. 127.069 van 13 januari 2004, niet geschikt is om de gewone procedure te zijn die de beoogde rechtsbescherming kan bieden in het domein van de overheidsopdrachten; dat die procedure uitzonderlijk dient te blijven teneinde niet in te gaan tegen de economie van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waarin tussen de gewone schorsingsprocedure en de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid duidelijk

onderscheid wordt gemaakt; dat overigens die twee procedures volgens die wetten geen procedures ten gronde zijn maar procedures die enkel in voorlopige uitspraken kunnen resulteren; dat indien de Raad van State moet beslissen of hij dergelijke rechtspleging - overigens uiterst summier geregeld - in het domein van de overheidsopdrachten dient toe te passen, hij versus de wetgever zou handelen indien hij de toegang tot die procedure zodanig zou vergemakkelijken dat ze als de gewone schorsingsprocedure in dat domein zou gaan gelden en evenzeer indien hij zou tegemoet komen aan de - ten overstaan van die spoedprocedure ongefundeerde - verwachting van de rechtzoekenden, dat in die uiterst dringende procedure in wezen op dezelfde wijze als in een annulatieprocedure de grond van de zaak reeds uitputtend kan worden behandeld en beslecht; dat die verwachting te dezen weer blijkt uit een uitgewerkt inleidend verzoekschrift met vier middelen, gedetailleerd en uitvoerig en samen twaalf onderdelen bevattend; dat de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid in elk geval slechts mag worden aangewend in de gevallen waarin de wet deze uitdrukkelijk voorschrijft zoals in het - te dezen wat zijn toepassing betreft, door de verwerende en tussenkommende partijen niet betwiste - artikel 21 bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en daarnaast in de enkele gevallen dat een gewone vordering tot schorsing te laat zou komen om het nadeel te weren;

Overwegende dat te dezen de in het geding zijnde opdracht voorwerp is van een procedure die reeds enkele jaren in voorbereiding is en dat de waarde ervan in dossierstukken geraamd wordt tot een bedrag van 3 miljard euro en als de duurste opdracht in 30 jaar in het Vlaamse Gewest wordt aangemerkt; dat nochtans juist voor betwistingen rond dergelijke zwaarwichtige opdrachten artikel 21bis van de voormelde wet van 24 december 1993 partijen en de Raad van State dwingt tot de snelst mogelijke procedure die bovendien voorlopig is en zonder mogelijkheid van beroep; dat zoals hoger vermeld, dat uiterst dringend karakter niettemin met zich meebrengt dat de voorgelegde vordering zich toch tot snelle toetsing moet lenen; dat dienvolgens te complexe middelen of een te grote veelvuldigheid van middelen niet verenigbaar zijn met de procedure op de wijze van de uiterst dringende noodzakelijkheid; dat de Raad van State bijgevolg zich ook te dezen in zijn onderzoek zal beperken tot de voor de hand liggende grieven en mogelijke rechtsschendingen;

2. Overwegende, voorts, dat moet worden opgemerkt dat verzoekende partijen het voorwerp van hun vordering beperken tot de beslissing om hun offerte niet te “weerhouden” voor deelname aan de BAFO-fase - dienvolgens tot hun eigen uitsluiting; dat zij aldus niet aanvechten dat tussenkomen partijen wel toegelaten zijn tot de BAFO-fase, ook al mag worden aangenomen dat verzoekende partijen zekerlijk weet hadden van dat feit, hetgeen lijkt te kunnen worden afgeleid onder andere uit een bedenking binnen hun tweede middel, blz. 47 van hun verzoekschrift;

3.1. Overwegende dat verzoekende partijen in een eerste middel aanvoeren : “Schending van artikel 17, §1, van de wet van 24 december 1993; schending van artikel 16, vijfde lid, van het koninklijk besluit betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; schending van het beginsel van de mededinging en van het gelijkheidsbeginsel”; dat zij daartoe in drie onderdelen nader uiteenzetten dat (1) ten gevolge van de bestreden beslissing onderhandelingen zullen worden gevoerd met slechts één inschrijver, (2) dat die beslissing steunt op een onwettige bepaling van het bestek waaruit volgt dat elke mededinging wordt uitgesloten (3) nog vóór het aanvatten van de onderhandelingen;

3.2. Overwegende dat volgens de voorgeschreven procedure in de eerste fase een aantal gegadigden geselecteerd worden op grond van een aantal uitsluitingscriteria, de erkenningsreglementering, criteria in verband met de economische en financiële draagkracht, criteria in verband met technische en organisatorische bekwaamheid en ervaring in vergelijkbare projecten; dat de gegadigden die geselecteerd zijn bidders kunnen worden doch duidelijk lijkt dat de selectie de gegadigden betreft en niet hun offertes; dat voorts enkel aan de “geselecteerde bidders” het bestek wordt toegezonden en pas na de plenaire vergadering en de bilaterale besprekingen een eerste offerte kan worden ingediend; dat vanaf het toesturen van het bestek men zich in de onderhandelingsprocedure bevindt aangezien volgens de leidraad (punt 3.2.1.) de onderhandelingsprocedure lijkt aan te vatten met het toesturen van het bestek; dat alsdan deze offertes worden beoordeeld en niet de inschrijvers; dat die beoordeling gebeurt op grond van de reeds vermelde volledigheid, formele regelmatigheid en overeenstemming met de vraagspecificatie, dit laatste volgens de betrokken besteksbepalingen blijkbaar te begrijpen als voldoende ambitieniveau, voldoende kwaliteit, inzicht en realiteitszin; dat deze beoordeling te dezen aanleiding gaf tot twee afzonderlijke beslissingen van

verwerende partij, namelijk deze van 12/16 oktober 2006 en 17 november 2006; dat daarna de fase van de BAFO aanbreekt en de toetsing aan de gunningscriteria, waaronder architectuur, ten gronde;

Overwegende dat in de huidige stand van de procedure uit dit alles moet worden afgeleid dat er wel degelijk vier gegadigden geselecteerd werden en dus tot de onderhandelingsprocedure werden toegelaten en dienvolgens een eerste offerte konden indienen; dat verzoekende partijen er ten onrechte lijken van uit te gaan dat er steeds drie inschrijvers effectief tot de onderhandelingen dienen te worden toegelaten; dat het gegeven dat verzoekende partijen geselecteerd werden en te dien einde een positieve beoordeling verkregen niet noodzakelijk met zich meebrengt dat hun offerte eenzelfde lot verdient; dat het gegeven dat er na de bestreden beslissing maar één inschrijver meer rest als gevolg van een correcte toepassing van de besteksbepalingen, op zich trouwens niet onrechtmatig lijkt; dat de tussenkomenende partijen verenigd in THV Noriant nu overigens evenmin automatisch als de begunstigde van de opdracht moeten worden aangezien; dat ten slotte gewezen moet worden op de band tussen de eerste en de tweede fase, die gesitueerd is in de eerste offerte; dat de eerste offerte het uitgangspunt is voor de tweede fase; dat aldus volgens de aangehaalde leidraad eerste offertes die “het ambitieniveau kenbaar niet halen en/ of onvoldoende getuigen van kwaliteit en/of niet getuigen van realiteitszin, zonder meer kunnen worden geweerd”; dat het middel niet ernstig is;

4.1. Overwegende dat verzoekende partijen in een tweede middel de schending invoeren van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het beginsel van de materiële motiveringsplicht; schending van het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’; schending van artikel 3.2.5 van de Leidraad onderhandelingsprocedure”; dat zij daartoe betogen dat (1) de “initiële offerte van verzoekende partij kenbaar niet een toereikend ambitieniveau bezit, terwijl verwerende partij in het door haarzelf opgesteld beoordelingsverslag uitdrukkelijk tot de tegenovergestelde conclusie komt en volledig nalaat om deze fundamenteel verschillende standpunten te verklaren”, (2) de bestreden beslissing “steunt op een uitbreiding van de rol van Kwaliteitskamer die, zoals blijkt uit de stukken, is aangestuurd vanuit de intentie om de in het Bestek opgenomen gunningscriteria en meer bepaald het gunningscriterium prijs, te neutraliseren” en (3) “dat de bevoegdheden van de Kwaliteitskamer die de materiële grondslag uitmaken voor de bestreden beslissing, pas formeel door de raad van bestuur van verwerende partij

werden goedgekeurd nadat de initiële offertes waren ingediend en nadat de betreffende Kwaliteitskamer een hoorzitting had georganiseerd m.b.t. de initiële offertes”;

4.2. Overwegende, wat het eerste onderdeel betreft, dat de verschillpunten tussen een ontwerp van beoordelingsverslag van de verwerende partij dat besluit tot voldoende ambitieniveau van de offerte van verzoekende partijen en het advies van de kwaliteitskamer dat tot het tegendeel besluit, irrelevant lijken aangezien het eerste document niet goedgekeurd werd door de raad van bestuur van verwerende partij - het bevoegde orgaan - en het een louter voorbereidend document lijkt; dat daarentegen het tweede document deels de motivering uitmaakt van de bestreden beslissing; dat het te dezen aldus niet lijkt dat de verwerende partij op eerdere standpunten is teruggekomen; dat voorts het voorstel juist aan de kwaliteitskamer werd voorgelegd om de deskundigen van die kamer zich te laten uitspreken over dat voorstel;

Overwegende, wat het tweede en derde onderdeel betreft, dat te dezen de toetsing aan het architectuurgegeven anders begrepen lijkt te moeten worden in de eerste fase dan wel als gunningscriterium in de tweede fase; dat de toetsing in de eerste fase niet een vergelijkende beoordeling ten gronde lijkt in te houden van de architectuur doch er slechts toe strekt na te gaan of de eerste offerte blijk geeft van voldoende “ambitieniveau”;

Overwegende, voorts, dat de betrokken kwaliteitskamer blijkt te zijn opgericht als adviseur van de verwerende partij inzake “stedenbouw-kundige inpassing en architecturale verschijning” (administratief dossier stuk 11, blz. 9, in fine. - bestek, deel C, 7. Ontwerphandboeken - A. Architectuur en Stedenbouw); dat in het voormelde stuk ook het ambitieniveau van het project wordt beschreven; dat het aldus juist van consistent optreden en dus zorgvuldig bestuur lijkt te getuigen dat verwerende partij telkens ze keuzes of beoordelingen inzake architectuur dient te maken, een beroep doet op deze kwaliteitskamer, ook in de eerste fase; dat het feit dat de “bevoegdheden” van de kwaliteitskamer pas werden goedgekeurd nadat de offertes waren ingediend geen ernstig juridisch bezwaar lijkt; dat het huishoudelijk reglement immers een intern document is dat geen formele bevoegdheidsverklaring lijkt te moeten inhouden om verwerende partij toe te laten de kwaliteitskamer om advies te vragen; dat het gegeven advies bovendien niet bindend is en de aanpassing aan het huishoudelijk reglement goedgekeurd werd door de raad van bestuur van

verwerende partij op 13 juli 2006, dus vooraleer het advies van de kwaliteitskamer werd uitgebracht op 31 oktober 2006; dat voorts verzoekende partijen in een brief van 27 oktober 2006 aan de verwerende partij stellen dat zij “hebben kennis genomen [...van het feit] dat de kwaliteitskamer actueel onderzoekt of de thans weerhouden twee bidders in voldoende mate voldoen aan het beoogde minimale ambitieniveau op het vlak van architectuur en stedenbouw”; dat in die brief geen voorbehoud wordt gemaakt over de rol van de kwaliteitskamer in de eerste fase; dat ten slotte verzoekende partijen de motivering zelf van het advies van de kwaliteitskamer in wezen nauwelijks aan kritiek onderwerpen, zodat zij hun bewering, dat het doel van dat advies erin bestond om slechts één ontwerp toe te laten tot de BAFO-fase, niet voldoende aannemelijk maken; dat verzoekende partijen de bestreden beslissing ook niet aanvechten in zoverre daarin de tussenkommende partijen wel worden toegelaten; dat hun “bedenking” dat zij geen informatie hebben wat betreft de motivering inzake het ambitieniveau van het ontwerp van die tussenkommende partijen, dienvolgens niet dienstig is; dat het middel niet ernstig is;

5.1. Overwegende dat verzoekende partijen in een derde middel de schending aanvoeren van “het rechtsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’; schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, m.n. de modaliteiten van de hoorplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel”; dat zij daartoe betogen (1) dat de besteksbepalingen zijn geschonden “doordat op het ogenblik van het verstrekken van het advies, de kwaliteitskamer niet op rechtsgeldige wijze was samengesteld en bijgevolg ook niet getuigt van de door het bestek vooropgestelde deskundigheid”, (2) dat de kwaliteitskamer “de haar door verwerende partij verleende bevoegdheden heeft overschreden bij het verstrekken van het advies, dit zowel formeel als inhoudelijk” en (3) er schending is “van de essentiële modaliteiten verbonden aan de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur”;

5.2. Overwegende, wat het eerste onderdeel betreft, dat verwerende partij nergens ertoe verplicht lijkt om verzoekende partijen in te lichten omtrent de beweegredenen van het ontslag van een lid van de kwaliteitskamer; dat verzoekende partijen zich tot de stelling beperken dat door het wegvallen van het lid Schlaich de deskundigheid niet meer gewaarborgd zou zijn; dat zij echter nalaten deze stelling te onderbouwen onder meer door het gebrek aan deskundigheid bij de andere leden aan te tonen;

Overwegende, wat het tweede onderdeel betreft, dat betreffende de zogenaamde inhoudelijke bevoegdheidsoverschrijding, in tegenstelling tot hetgeen

verzoekende partijen daaromtrent betogen, het lijkt dat de kwaliteitskamer de technische haalbaarheid niet meer diende na te gaan; dat zulks immers reeds gebeurd lijkt in de beslissing van 12/16 oktober 2006 die steunde op het beoordelingsverslag exclusief “Ambitieniveau inzake Ruimtelijke Kwaliteit”; dat overigens het belang van verzoekende partijen bij dit middelonderdeel twijfelachtig is, indien zij niet kunnen aantonen dat hun offerte onterecht een tekort aan ambitieniveau is verweten; dat, zoals hiervoor reeds is vastgesteld, de optie om de kwaliteitskamer te betrekken bij de beoordeling van het ambitieniveau - eerste fase- rechtmatig lijkt; dat het voorts niet aan een rechter is zoals de Raad van State om een eigen inschatting van ruimtelijke kwaliteit te geven en zodoende de inhoudelijke appreciatie van de kwaliteitskamer over te doen, waarin gegevens ter sprake worden gebracht als “valoriseren en structureren van de contextuele infrastructuur”, “gepaste beeldwaarde”, “leesbaar wegbeeld”, “constructieve zuiverheid”; dat overigens verzoekende partijen niet lijken te zeggen dat de beoordeling zelf dermate de grenzen van de redelijkheid overstijgt dat ze aldus binnen bereik van de rechtmatigheidstoetsing door de Raad van State zou komen; dat verzoekende partijen daarentegen het verslag van de kwaliteitskamer met andere kritiek bedenken;

Overwegende dat verzoekende partijen aldus in de eerste plaats betogen dat de kwaliteitskamer niet alle stukken opgenomen in hun offerte, in de beoordeling heeft betrokken; dat zij echter nalaten voldoende aan te geven welke gevolgen dit zou hebben op het resultaat van de beoordeling; dat overigens de verwerende partij in haar nota die kritiek op gemotiveerde wijze relateert; dat ter terechtzitting de verzoekende partijen daartegen opnieuw wederwoord bieden; dat het beslechten van de betrokken discussie - die slechts één van de twaalf onderdelen van de middelen betreft - nu juist niet kan worden ingepast in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid; dat hier immers moet worden opgemerkt dat het dossier - in alle opzichten van het begrip - erg moeilijk hanteerbaar is : de offerte van de verzoekende partijen - naar hetgeen zijzelf in detailcijfers vermelden - bevat 5682 bladzijden met 634 tekeningen en plannen en zou het resultaat zijn van het werk van 150 medewerkers voor een kostprijs van 10 miljoen euro; dat voorts verzoekende partijen kritiek leveren op enige elementen in het verslag die zich op het eerste gezicht echter hoofdzakelijk voordoet als een kritiek op bewoordingen die niet doorslaggevend genoeg lijkt om het verslag en de daarop gesteunde bestreden beslissing geïnterveerd te achten mocht de kritiek al gegrond zijn;

Overwegende, wat de “formele” bevoegdheidsoverschrijding betreft, meer bepaald de kritiek dat het maken van een “eigen en nieuw” verslag niet hetzelfde is als het “valideren” van het voorafgaand voorstel, dat het normaal lijkt dat

de kwaliteitskamer motiveert waarom ze het voorstel niet gevalideerd heeft; dat de kwaliteitskamer immers “tekortkomingen” vaststelt “die dermate fundamenteel zijn dat het niet mogelijk is om deze te corrigeren in het kader van de BAFO zonder dat substantieel afbreuk wordt gedaan aan de uitgangspunten van de ingediende offerte”;

Overwegende, wat het derde onderdeel betreft, waarin schending van de “hoorplicht” wordt aangevoerd, dat verzoekende partijen daarbij kritiek uitoefenen op de wijze waarop de “hoorzitting” van maandag 21 augustus 2006 verliep; dat zij daarbij echter verzuimen concreet aan te geven welke verplichtingen zij in het betrokken beginsel lezen en om welke reden het toepasselijk zou moeten zijn op de wijze waarop de genoemde “hoorzitting” is verlopen; dat het middel niet ernstig is;

6.1. Overwegende dat verzoekende partijen in een vierde middel de schending aanvoeren “van artikel 17, §3, 2° van de wet van 24 december 1993” doordat de keuze voor de onderhandelingsprocedure “niet werd gemotiveerd” en de verwerende partij die procedure heeft “ingevuld, bijgestuurd en uiteindelijk heeft omgevormd naar een prijsvraag voor ontwerpen, zoals bedoeld in artikel 20 van de wet van 24 december 1993”;

6.2. Overwegende dat in de eerste plaats de vraag rijst of het middel dienstig is om, indien het ernstig en gegrond zou worden bevonden, het nadeel van verzoekende partijen te weren; dat het immers ertoe strekt de onderhandelingsprocedure zelf teniet te doen wat zich op het eerste gezicht moeilijk laat verenigen met het streven van de verzoekende partijen, ondersteund door de eerste drie middelen en het eerste deel van hun nadeelsbeschrijving, om aan die onderhandelingen verder te mogen deelnemen; dat eveneens de ontvankelijkheid van het middel niet meteen vaststaat, zeker niet waar het de kritiek op het zogenaamd niet-motiveren betreft; dat immers de verzoekende partijen voor de opdracht hebben kunnen mededingen en aldus de beslissing om die procedure te kiezen voor hen juist niet grievend was aangezien ze erdoor niet zijn uitgesloten van elke kans tot deelname aan de opdracht; dat aan die vraagpunten in de huidige procedure echter kan worden voorbijgegaan aangezien het middel in zijn twee onderdelen niet ernstig is zoals hierna zal blijken;

Overwegende, wat de motivering van de keuze voor een onderhandelingsprocedure betreft, dat deze motivering vervat lijkt in de beslissing

van de raad van bestuur van verwerende partij van 20 februari 2004 (notulen, blz. 5) en haar bijlage Doc. 200202.5 en in de enuntiatieve aankondiging; dat voorts verzoekende partijen zelf verscheidene keren in de gelegenheid zijn geweest de redenen van de keuze voor deze gunningswijze te kennen - bijvoorbeeld is daarvan in de plenaire vergadering van 24 augustus 2004 bij vraag 54 melding gemaakt; dat de verzoekende partijen dus niet worden bijgevalen waar zij stellen dat geen motivering is verstrekt; dat voorts de verwerende partij genoegzaam lijkt aan te tonen (zoals op blz. 55-56 van haar nota) dat de werken een hoge complexiteit vertonen, die met meer gegevens is verbonden dan enkel met “de complexiteit van de juridische en de financiële structuur” zoals de verzoekende partijen betogen; dat aldus de keuze van de onderhandelings-procedure lijkt te kunnen worden ingepast in artikel 17, § 3, 2°, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, hetgeen bepaalt dat mag worden gegund volgens de onderhandelingsprocedure ingeval de “aard of de onzekere omstandigheden” van werken of diensten verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen;

Overwegende voorts dat de stelling van verzoekende partijen, dat de onderhandelingsprocedure is misbruikt en is omgevormd tot een prijsvraag voor ontwerpen, niet lijkt te kunnen worden bijgevalen; dat zulks vooreerst al blijkt uit het feit dat de THV AB onregelmatig werd verklaard wegens het niet beantwoorden aan technische vereisten; dat voorts hiervoor reeds werd vastgesteld dat slechts in de tweede fase het gunningscriterium architectuur ten volle zal worden beoordeeld.

7. Overwegende dat geen van de middelen ernstig is; dat dienvolgens niet is voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 voorgeschreven voorwaarden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Aannemingsmaatschappij CFE, de NV Aannemingen Van Wellen, de NV Besix, de NV Cordeel Zetel Temse, de NV Dredging International, de NV Fabricom GTI, de NV Victor Buyck Steel Constructions, de SA Vinci, de SA Vinci Concessions SA, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap NORIANT, in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 1750 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een tiende.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 1125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor een negende.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenentwintig december 2006, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.