

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 206.841 van 27 juli 2010
in de zaak A. 197.031/XII-6252**

In zake : 1. de NV PIERRE ROEGIERS & C/
 2. de NV EGEMIN
 samen vormend de THV ROEGIERS-EGEMIN
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Wouter Geldhof en Frederik Vandendriessche
 kantoor houdend te Brussel
 Loksumstraat 25
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de NV DE SCHEEPVAART
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kaat Leus en Neil Braeckevelt
kantoor houdend te Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen :

1. de NV FABRICOM
2. de NV HYE
samen vormend de THV FABRICOM-HYE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te Antwerpen
Jan van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 juli 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Raad van Bestuur van NV De Scheepvaart van 24 juni 2010 i) om de opdracht voor aanneming van werken ‘Albertkanaal : Gemeenten Ham en Olen : Bouwen van pompinstallatie en waterkrachtcentrale aan sluizen’ (Bijzonder bestek nr. WBK/09-28) te gunnen aan de THV Fabricom - Hye, voor een bedrag van 17.063.847,29 euro, incl. BTW (DC1 : 1.709.096,92 euro; DC2 : 7.412.209,37 euro;

DC3 : 7.942.541,00 euro) en ii) de uit deze beslissing tevens stilzwijgend voortvloeiende beslissing om deze opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partijen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 juli 2010, om 10.00 uur.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Frederik Vandendriessche en Sebastien Devos, die loco advocaat Wouter Geldhof verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten Neil Braeckevelt en Frederik Ongena, die loco advocaat Kaat Leus verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Voorliggende betwisting handelt over de algemene offerteaanvraag met Europese bekendmaking die de NV De Scheepvaart heeft uitgeschreven voor de aanneming van werken “Albertkanaal : Gemeenten Ham en Olen : Bouwen van pompinstallatie en waterkrachtcentrale aan sluizen”.

3.2. De aankondiging van de opdracht werd op 21 januari 2010 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en op 22 januari 2010 in het Bulletin der Aanbestedingen. Nadien werden nog vijf terechtwijzende berichten bekendgemaakt.

3.3. Het voorwerp van de opdracht wordt in het bestek nr. WBK/09-28 als volgt omschreven:

“Om de mogelijkheid te creëren voor het oppompen van water van benedenpand naar bovenpand in tijden dat de waterstand moeilijk te handhaven is, zullen er ter hoogte van de duwvaartsluizen pompen geïnstalleerd worden. Aangezien de pompen slechts gedurende een korte periode van het jaar nodig zullen zijn, en er voor het grootste deel van de tijd een wateroverschot zal zijn, zullen deze installaties een gecombineerde werking pomp-turbineren hebben om alzo groene stroom op te wekken. Er zal een dienstgebouw komen waarin de aandrijving van de vijzels gehuisvest is.

Om de verbinding tussen boven- en benedenpand te maken, zal er een omloopkanaal gerealiseerd worden.

Deze opdracht heeft tot doel de berekening (o.a. volledige studie van de fundering vijzelgemaal inclusief tunnel en dienstgebouw, studie van de grondkering, ...) en de bouw van de pompinstallatie en waterkrachtcentrale aan de sluizen.

Het totaalproject is aldus een combinatie van een vijzelproject, een bouwproject, een kaaiproject, een kanaalproject en verschillende wegenwerken. De coördinatie van de diverse onderdelen gebeurt door de aannemer.

Deze opdracht heeft aldus tot voorwerp de levering, de plaatsing, de indienstname en het operationeel maken en het onderhoud tijdens de waarborgperiode van pompstations en waterkrachtcentrales langs het Albertkanaal. De eerste installatie is gelegen aan het sluizencomplex te Olen, de tweede aan het sluizencomplex te Ham/Kwaadmechelen.”

3.4. De werken zijn opgesplitst in drie deelcontracten: deelcontract 1 voor de levering van de vijzels te Ham, deelcontract 2 voor de uitvoering van de werken te Ham en deelcontract 3 voor de uitvoering (incl. levering vijzels) van de werken te Olen, elk met een eigen meetstaat.

3.5. Uit deel III-C (Elektromechanische werken) van het bestek blijkt dat in de “pompstations + WKC” van Ham drie archimedesschroeven worden geïnstalleerd. Daarnaast zal nog een vierde vijzel geïnstalleerd worden die wordt omschreven als “omsloten vijzel met meedraaiende mantel”. Deze moet niet als turbine kunnen werken maar zal enkel in pompwerking aangewend worden.

3.6. De gunningscriteria zijn de volgende:

- 1/ het offertebedrag - weging : 40
- 2/ technische waarde van het ontwerp en de kwaliteit van de ingediende bouwkundige studie - weging : 30
- 3/ kwaliteit van de meetuitrusting, materialen en aangeboden producten, wat betreft de studie elektromechanische werken - weging : 20

4/ kwaliteit van de projectorganisatie en de van het ter beschikking gestelde personeel - weging : 10.

3.7. Varianten worden toegestaan. Het bestek bepaalt dienaangaande:

“Onverminderd art. 115 van het KB van 08.01.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, inzake de keuzecriteria is de inschrijver verplicht een prijs in te dienen voor de in dit bestek beschreven basisoplossing.

(...).

Voor deelcontracten 2 en 3 dient de aannemer de fundering van de vijzelconstructie (met in begrip van vijzels, dienstgebouw, tunnel en wateropvangbak) volledig te berekenen en uit te voeren zoals hij voorzien heeft (onder voorbehoud van de goedkeuring van de rekennota's voor te leggen aan de aanbestedende overheid), wel dient hij rekening te houden met de technische bepalingen (inplanting, opgegeven niveaus en binnenafmetingen) van de te funderen constructie die als minimumvoorwaarden te beschouwen zijn. Tevens dient de aannemer de grondkering ter hoogte van het nieuwe jaagpad (links en rechts van vijzelgemaal) volledig te berekenen en uit te voeren zoals hij voorzien heeft (onder voorbehoud van de rekennota's voor te leggen aan de aanbestedende overheid).

Wat betreft de waterbouwkundige constructies (deel 1) zijn er vrije varianten toegelaten wat betreft de fundering van de plateaus langs de vijzels in combinatie met de bestaande/nieuw te bouwen kaaimuren.

Wat betreft deel II (wegenbouw) en deel IV (gebouw) zijn er geen vrije varianten toegelaten.

Voor wat deel IIIc ‘elektromechanische werken’ betreft, zijn vrije varianten toegelaten voor de beweegbare mantelklep en de hydraulische aandrijving ervan.

Het is de inschrijver toegelaten prijzen in te dienen voor hoogwaardiger oplossingen. Hoogwaardiger oplossingen zijn bijvoorbeeld oplossingen die

- een groter gebruikscomfort bieden;
- een grotere performantie bieden;
- minder onderhoud vergen of minder onderhoudskosten meebrengen.

Elke variatie wordt ingediend met een afzonderlijk offerteformulier en samenvattende opmetingsstaat.”

3.8. De offertes worden geopend op 24 maart 2010. Blijkens het proces-verbaal van opening van de offertes zijn er zeven inschrijvers:

- THV Besix - Siemens
- THV Betonac - CEI - De Meyer - Spie Belgium

- THV Franki - Visser & Smit Hanab
- THV Roegiers - Egemin
- Herbosch - Kiere NV
- THV Jan De Nul - Deckx Werkhuizen
- THV Fabricom - Hye.

De meeste inschrijvers dienen één of meerdere varianten in. De verzoekende partijen dienen een basisofferte en één variante in, terwijl de tussenkommende partijen een basisofferte en vier varianten indienen.

3.9. Voor bepaalde aspecten van het onderzoek van de offertes wordt beroep gedaan op het extern controlemechanisme SECO dat op 31 mei 2010 een vergelijkende tabel van de offertes opstelt met betrekking tot de funding van het vrijzeggemaal (cf. tweede gunningscriterium).

3.10. Het verslag van de beoordelingscommissie van 21 juni 2010 vermeldt dat alle inschrijvers aan de kwalitatieve selectiecriteria voldoen en een regelmatigte offerte hebben ingediend.

3.11. De beoordeling van de inschrijvingen aan de hand van voormelde gunningscriteria levert een rangschikking op waarbij de offerte (variante 4) van de tussenkommende partijen als voordeligste wordt gerangschikt met 87,21 punten. De basisofferte van de verzoekende partijen wordt pas als zesde gerangschikt met 83,90 punten. In haar verslag van 21 juni 2010 stelt de beoordelingscommissie dan ook voor om de opdracht te gunnen aan de THV Fabricom-Hye volgens variante 4.

3.12. Verwijzend naar het verslag van de beoordelingscommissie beslist de verwerende partij op 24 juni 2010 om de offerte (variante 4) van de THV Fabricom-Hye goed te keuren voor een bedrag van 17.063.847,29 euro incl. BTW of 14.102.353,14 euro excl. BTW.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.13. Met een aangetekend schrijven van 25 juni 2010 deelt de verwerende partij “conform artikel 65/8, § 1 van de wet van 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten” aan de tussenkommende partijen mee dat hun offerte werd

gekozen. De gemotiveerde gunningsbeslissing alsmede het verslag van de beoordelingscommissie wordt bijgevoegd. Verder wordt vermeld : “Deze mededeling doet geen contractuele verbintenis ontstaan” en “De aanbestedende overheid zal een wachttermijn van 15 kalenderdagen in acht nemen tussen deze mededeling en de sluiting van de opdracht (...)”.

IV. Tussenkoms

4. Met een op 16 juli 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vragen de NV Fabricom en de NV Hye, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Fabricom-Hye, om in het geding te mogen tussenkomen.

De NV Fabricom en de NV Hye blijken voordeel te halen uit de eerste bestreden beslissing en zij hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Excepties

5. Naast de bestreden toewijzingsbeslissing van 24 juni 2010 is de vordering tot schorsing mede gericht tegen “de uit deze beslissing tevens stilzwijgend voortvloeiende beslissing om deze opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partijen”. Zowel de verwerende partij als de tussenkomsende partijen werpen op dat de vordering niet ontvankelijk is in de mate dat zij gericht is tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partijen toe te wijzen.

Beoordeling

6. Een onderzoek van en uitspraak over excepties betreffende de ontvankelijkheid van de vordering is slechts noodzakelijk indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, hetgeen zoals hierna zal blijken te dezen niet het geval is.

VI. Onderzoek van de vordering

7. 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.

A. Ernst van de middelen

1. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partijen roepen in een eerste middel de schending in van “artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (...), van de artikelen 89, 110, § 2 en 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 (...), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (...), van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het beginsel luidens welk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven moeten gesteund zijn (motiveringsbeginsel), van het gelijkheidsbeginsel, van het zorgvuldigheidsbeginsel en van het beginsel dat de overheid de regels moet volgen die het voor zichzelf heeft uitgevaardigd (‘patere legem quam ipse fecisti’)

Bij de uitwerking van het middel stellen de verzoekende partijen dat de volledige offerte van de gekozen inschrijver (basisofferte en varianten) behept is met een substantiële onregelmatigheid, dat de offerte wat betreft de vierde te installeren vijzel in het pompstation te Ham immers afwijkt van de essentiële bestekbepaling in punt 1.4 “Omsloten vijzel met meedraaiende mantel” van deel III.C (Elektromechanische werken) luidens dewelke “de metalen mantel over de volledige lengte van de vijzel continu aan de schoepen (wordt) vastgelast”, dat de

gekozen inschrijver in de basisofferte en de varianten opteert voor een andere uitvoeringsmethode voor de cilindermantel door, in plaats van deze onherroepelijk vast te lassen op de schoepen zoals in het bestek wordt vereist, deze enkel op de schoepen vast te klemmen, dat deze schending van de bestekvereisten onbetwistbaar een substantiële onregelmatigheid vormt, dat het immers een technische specificatie betreft in de zin van artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat de betrokken technische eis zeer bewust en uitdrukkelijk werd gesteld zoals blijkt uit de expliciete formulering ervan maar ook uit het feit dat, in tegenstelling tot wat bepaald is voor de beweegbare mantelklep en de hydraulische aandrijving ervan, geen enkele afwijking via vrije varianten wordt toegelaten, dat de vereiste om de metalen mantel aan de schoepen vast te lassen ingegeven is vanuit een aantal onmiskenbare technische gevolgen van die oplossing ten opzichte van de door de gekozen inschrijver gehanteerde methode, dat de schroef en de mantel bij de lasmethode één geheel vormen waardoor het rendement niet verandert in de tijd, dat eenmaal een dergelijke constructie is afgewerkt, er nagenoeg geen controle meer vereist zal zijn, dat de klemmethode daarentegen gekenmerkt wordt door verschillende risico's die de lasmethode niet kent (doorbuiging, lekken, scheuren en doorrotting), dat bij de lasmethode de kracht over de volledige lengte van de constructie wordt verspreid hetgeen bij klemmen niet het geval is zodat een dikkere wanddikte vereist is met mogelijks problemen die veroorzaakt worden door het extra gewicht, dat bij klemming de krachten niet opgevangen worden in de totale constructie, waardoor de vijzel bijkomend belast zal worden met een snellere slijtage tot gevolg, dat de diameter van de mantel bij aanwending van de klemmethode een fractie kleiner moet zijn en aldus er bij klemming van de mantel aan de schoepen een niet uit te sluiten risico bestaat dat slijtage en lekkage sneller zullen optreden met alle bijhorende meerkosten in onderhoud, dat de mantel ook makkelijker kan loskomen wat door het waterverlies uiteindelijk zal leiden tot rendementsverlies, dat indien de mantelkap volledig zou loskomen zulks bovendien ernstige schade aan de schroef en zelfs aan de betonconstructie kan veroorzaken, dat het substantieel karakter van de onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver op dit punt ten overvloede wordt bevestigd door de belangrijke impact van het aanvaarden van de afwijkende uitvoeringsmethode op de prijs aangezien een uitvoeringsmethode waarbij de mantel aan de schoepen wordt gelast technisch veel complexer en dus duurder is in vergelijking met een uitvoeringsmethode waarbij de mantel aan de schoepen wordt vastgeklemd, dat derhalve de gelijkheid tussen de inschrijvers is verstoord door het aanvaarden van deze onregelmatigheid, dat de onregelmatigheid te dezen ook invloed heeft gehad op de beoordeling en de

rangschikking aangezien de niet besteksconforme uitvoeringsmethode als meer voordelig wordt beschouwd omdat “de omhullende buis makkelijk(er) tegen corrosie behandeld kan worden en dat dit vlot te verifiëren valt” en omdat het “een makkelijkere demontage bij eventuele latere revisie(s)” zou toelaten, waardoor de gekozen inschrijver op het derde gunningscriterium een hogere score dan de verzoekende partijen heeft gekregen (7 tegenover 5 op 10) zonder evenwel rekening te houden met voormelde nadelen, dat door extra punten toe te kennen aan offertes die manifest in strijd zijn met de technische vereiste dat de mantelkap moet worden vastgelast aan de schoepen, de inschrijvers die wel rekening hebben gehouden met voornoemde bestekbepalingen, bijkomend benadeeld worden en de vergelijkbaarheid van de offertes wordt verstoord, dat aldus immers offertes met elkaar vergeleken worden die op dit belangrijke punt niet hetzelfde voorwerp hebben en in wezen dus niet met elkaar vergelijkbaar zijn, en dat wegens de afwijking op een essentiële bestekvereiste, de offerte van de gekozen inschrijver verplicht onregelmatig diende te worden verklaard en de opdracht moest toegewezen worden aan de eerst gerangschikte regelmatige offerte van de verzoekende partijen.

Voorts betogen de verzoekende partijen dat de verwerende partij nergens ook maar enige indicatie geeft of verantwoording aanreikt waarom de manifeste schending van de technische vereiste geen probleem zou moeten vormen, dat met name nergens de redenen worden opgegeven die de verwerende partij tot een wijziging van zijn eerdere voorschriften hebben gebracht en op welke wijze zij in die situatie toch een correcte vergelijking van de verschillende inschrijvingen heeft kunnen realiseren, meer bepaald met de inschrijvers die zich wel degelijk gehouden hebben aan de strikte voorwaarden van het bestek.

Beoordeling

9. Luidens artikel 16, eerste zin, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: de wet van 24 december 1993) dient, bij algemene of beperkte offerteaanvraag, de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht.

Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996) bepaalt dat “onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële bestekbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande (kan) beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”. Deze bepaling maakt aldus een onderscheid tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn -dit is de substantiële onregelmatigheid- omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer die welke betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid -de relatieve onregelmatigheid-, waarin het bestuur de mogelijkheid heeft om de inschrijvingen als nietig te beschouwen. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, moet dan ook in concreto in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier worden beantwoord. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële bestekbepaling betreft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële bestekbepaling, moet het bestuur die offerte vervolgens buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid. Indien de offerte daarentegen enkel relatieve onregelmatigheden bevat, is de aanbestedende overheid vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend.

Deel III-C (Elektromechanische werken) van het bestek vermeldt onder punt 1.4 “Omsloten vijzel met meedraaiende mantel”:

“In pompstation ‘Ham’ wordt -naast de drie eerder beschreven archimedes-schroeven met stationaire metalen halve cilindermantel- nog een vierde vijzel geïnstalleerd.

Deze vierde vijzel is van het type hydraulische schroef, omsloten in een metalen mantel die mee ronddraait. De metalen mantel wordt over de volledige lengte van de vijzel continu aan de schoepen vastgelast. (...)”

Onder “Onderste lager” wordt in dat punt het volgende vermeld:

“Het onderste lager van de omsloten schroef is zodanig uitgevoerd dat het geschikt is voor continu bedrijf, en wordt boven het hoogst mogelijke waterpeil in het benedenpand gemonteerd.

Onderdompeling onder water is dan ook onmogelijk voor dit lager.

Het is niet toegestaan dat enig smeermiddel in het water terechtkomt.

Het lager is volledig zelf-alignerend en zodanig ontworpen om - in combinatie met het bovenlager - onder alle bedrijfsomstandigheden in lijn te blijven met de hydraulische schroef.

Het lager kan lengte-uitzettingen van de schroef ten gevolge van temperatuursveranderingen opnemen.

Het onderlager wordt zodanig beschermd dat er zich geen vuil aan de draaiende delen kan hechten.

Het geheel aan componenten die de functionaliteit van het onderste lager uitmaken, hebben een minimale levensduur van 100.000 uren.

Om het indringen van vuil te voorkomen, wordt het lager volledig afgedicht door een beschermkap.

De eventuele automatische smering voor het onderste lager is mee vervat in de bestekpost ‘omsloten vijzel met meedraaiende mantel’.”

Volgens de tussenkommende partijen impliceert het verplicht gebruik van een onderlager die boven het hoogst mogelijke waterpeil staat gemonteerd, dat de onderlager rond de buitenbuis draait en is het de evidentie zelf dat de schoepen aan deze buitenbuis zelf worden gelast aangezien bij dergelijk type buisvijzel geen centrale buis aanwezig is. De bestekverplichting over de volledige lengte van de mantel continu te lassen wil vermijden dat in dat geval gedeeltelijke stukken over de lengte niet worden gelast. Ook de verwerende partij benadrukt dat deze verplichting bedoeld was om te vermijden dat de schoepen met te korte en dus onvoldoende stevige lassen bevestigd zou worden aan de buitenmantel en stelt dat dergelijke lassen bovendien heel moeilijk uit te voeren zijn en door het bestuur moeilijk te controleren zijn, omwille van de beperkte ruimte waarin alles dient te gebeuren.

Via het terechtwijzend bericht bekendgemaakt in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen van 24 februari 2010 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 februari 2010 werd de passage:

“Het onderste lager van de omsloten schroef is zodanig uitgevoerd dat het geschikt is voor continu bedrijf, en wordt boven het hoogst mogelijke waterpeil in het benedenpand gemonteerd.

Onderdompeling onder water is dan ook onmogelijk voor dit lager.

Het is niet toegestaan dat enig smeermiddel in het water terechtkomt”,
vervangen door:

“Het onderste lager van de omsloten schroef is zodanig uitgevoerd dat het geschikt is voor continu bedrijf. Het eventuele vulpunt voor de smering van het onderste lager wordt boven het hoogst mogelijke waterpeil in het benedenpand gemonteerd, op een voor het onderhoudspersoneel makkelijk bereikbare plaats. Het is niet toegestaan dat enig smeermiddel in het water terechtkomt.”

De tussenkommende partijen stellen dat deze rectificatie toelaat gebruik te maken van een klassieke onderlager gemonteerd op een betonnen vloer, dat die uitvoeringswijze een centrale, dragende buis vergt waartegen de onderlager wordt bevestigd en dat in die uitvoeringswijze de schoepen over de volledige lengte aan de centrale buis worden gelast. Zij benadrukken dat zij in de offerte gekozen hebben voor een bestekconforme uitvoering rekening houdend met het rectificerend bericht dat gewone onderlaging toestaat. Ook de verwerende partij benadrukt dat het door voormelde rectificatie mogelijk wordt vizels te voorzien met binnenin een centrale buis waaraan de schoepen desgevallend volledig worden vastgelast, waardoor hetzelfde doel wordt bereikt.

Voorts betwisten zowel de verwerende partij als de tussenkommende partijen, hoofdzakelijk op grond van een puur technische argumentatie, dat aan de gekozen uitvoeringswijze van de mantelbuisvizel belangrijke nadelen verbonden zijn zoals door de verzoekende partijen wordt aangevoerd.

De in dit middel in essentie opgeworpen en in het verzoekschrift omstandig uitgewerkte grief dat de uitvoeringswijze van de tussenkommende partijen afwijkt van het bestek en substantieel onregelmatig is, vereist een grotendeels technische beoordeling waarbij vooreerst wordt nagegaan of voormeld terechtwijzend bericht toelaat voor de uitvoering met een centrale buis te kiezen en vervolgens of in die uitvoeringswijze de schoepen al dan niet aan de centrale buis mogen worden vastgelast en niet meer aan de mantel, dan wel aan beide. Daarenboven veronderstelt het middel dat de Raad van State zich zou uitspreken over de vraag of het vastlassen aan de centrale buis al dan niet dezelfde technische waarborgen biedt en of de nadelen die de verzoekende partijen aan de gekozen uitvoeringswijze verbinden effectief een technische grondslag hebben.

Een dergelijk technisch middel kan in beginsel pas tot schorsing leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en prima facie

onderzoek. In het licht van de opmerkingen van de verwerende partij en de repliek van de tussenkomenende partijen, waarvan de onaannemelijkheid niet wordt aangetoond, is dit in de voorliggende zaak niet het geval, mocht de Raad van State zich al bekwaam achten om hierover, in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, en dus zonder deskundig advies, uitspraak te doen.

In de mate dat de verzoekende partijen aanvoeren dat de offerte van de tussenkomenende partijen afwijkt van een essentiële bestekbepaling en daarom substantieel onregelmatig is, is het middel dan ook niet ernstig.

De motivering in de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn ten einde een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Te dezen kan op het eerste gezicht niet aangenomen worden dat de bestreden beslissing tezamen met het tegelijkertijd ter kennis gebrachte verslag van de beoordelingscommissie, de verzoekende partijen niet in staat heeft gesteld terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de gunningsbeslissing te verweren met de middelen die het recht hun ter beschikking stelt, inzonderheid wat betreft het vraagstuk of de offerte van de gekozen inschrijver conform het bestek is. Het tegendeel moet eerder aangenomen worden nu de verzoekende partijen in het verzoekschrift omstandig argumenteren dat de inschrijving substantieel onregelmatig is omdat de gekozen uitvoeringsmethode voor de vierde vijzel afwijkt van een essentiële bestekbepaling. Aldus lijkt voldaan aan de belangrijkste bestaansredenen van de formele motiveringsplicht.

Het eerste middel is niet ernstig.

2. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partijen roepen in een tweede middel de schending in van “artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (...), artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken (lees : het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken) (...), en van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het gelijkheidsbeginsel, het beginsel luidens welk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven moeten gesteund zijn (motiveringsbeginsel), het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel”.

De verzoekende partijen voeren vooreerst aan dat de beoordeling van 6 van de 14 subcriteria van het tweede gunningscriterium (“de technische waarde van het ontwerp en de kwaliteit van de ingediende bouwkundige studie”), waar zijzelf 101,43 op 140 of 21,73 op 30 scoorden en de gekozen inschrijver 115,88 op 140 of 24,83 op 30, gebrekkig is. Aangezien deze subcriteria aldus 6/14e of 12,9 van de 30 punten van dit gunningscriterium vertegenwoordigen, zo stellen althans de verzoekende partijen, is deze kritiek van aard om een rechtstreekse en onvermijdelijke impact te hebben op de rangschikking nu het totale puntenverschil tussen hun offerte en deze van de gekozen inschrijver slechts 2 à 4 punten bedraagt. Voorts wordt in het verzoekschrift specifiek voor elk van deze 6 subcriteria omstandig uiteengezet waarom de motieven van de beoordeling gebrekkig zijn.

Ten slotte betogen de verzoekende partijen dat de beoordeling van het derde gunningscriterium (“de kwaliteit van de meetuitrusting, materialen en aangeboden producten”) eveneens gebrekkig is aangezien de verwerende partij een hogere score heeft toegekend aan de gekozen inschrijver terwijl deze nochtans een uitvoeringsmethode heeft voorgesteld die, zoals uiteengezet bij het eerste middel, substantieel afwijkt van het bestek.

Beoordeling

11. De tussenkomende partijen kunnen niet worden bijgetreden waar zij opwerpen dat hun rechten van verdediging worden geschonden doordat de verzoekende partijen een middel baseren op de inhoud van een offerte die als vertrouwelijk stuk wordt neergelegd, zodat het recht op tegenspraak, zoals gegarandeerd door artikel 6 van het EVRM, onmogelijk wordt gemaakt.

Te dezen hebben de verzoekende partijen hun offerte, evenals de bouwstudie en de illustraties van de archimedesschroeven en de mantelbuisvijzel die er deel van uitmaken, als volledig vertrouwelijk neergelegd omdat deze stukken bedrijfsvertrouwelijke informatie bevatten. Alhoewel de vraag gesteld kan worden of offertes volledig vertrouwelijk kunnen zijn, kan de Raad van State in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, alleen al gelet op het technisch karakter van een groot deel van deze stukken, bezwaarlijk beslissen over de vraag of de stukken die als vertrouwelijk worden aangemerkt, dat ook werkelijk zijn en of ze aan tegenspraak van de partijen moeten worden onderworpen of daar juist moeten aan worden onttrokken, vraag waarover desgevallend zelfs deskundig advies zal moeten worden ingewonnen. Aangezien in casu de offerte volledig werd meegedeeld aan de Raad van State, kan hij de juistheid van de door de verzoekende partijen geciteerde onderdelen van hun offerte en hun specifieke context desgevallend controleren. Uit het feit dat geen niet vertrouwelijke versie van de bedoelde stukken werd neergelegd, kan daarom in de huidige stand van het geding niet zonder meer besloten worden tot de niet-ontvankelijkheid van het middel.

De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich terzake niet in de plaats van het bestuur stellen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou onttrokken zijn aan het wettigheidsstoezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad van State onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

Te dezen wordt vastgesteld dat de verzoekende partijen omstandig diverse elementen van de beoordeling betwisten, meer bepaald 6 van de 14 door de

gedingvoerende partijen als subcriteria gekwalificeerde elementen van het tweede gunningscriterium en één van het derde gunningscriterium. De verzoekende partijen verwijzen daarbij herhaaldelijk naar een omvangrijke bouwkundige studie en ontleen vaak zeer technische argumenten aan een Engelstalige Eurocode 2.

Dergelijke kritieken lenen zich moeilijk tot de van de Raad van State in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid gevraagde snelle prima facie beoordeling, te meer nu de vaak technische draagwijdte van die elementen moeilijk ingeschat kan worden door personen die terzake over geen bijzondere deskundigheid beschikken. Voor decisieve uitspraken over een technisch complexe problematiek kan uiteindelijk het advies van een deskundige vereist zijn. De aanstelling van een deskundige kan evenwel niet in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden ingepast.

Uitgaande van voormelde bedenkingen en mede rekening houdend met het feit dat het beoordelingsverslag werd opgesteld door een beoordelingscommissie van acht personen die actief zijn in de betrokken sector - verslag dat bovendien werd voorafgegaan door een evaluatie van de bouwkundige dossiers door de externe controle-instantie SECO - beperkt de Raad van State zich in de huidige stand van het geding dan ook tot de volgende voorlopige vaststellingen.

Het tweede gunningscriterium betreft “de technische waarde van het ontwerp en de kwaliteit van de ingediende bouwkundige studie”.

Wat betreft het subcriterium “globale constructie: algemene stabiliteit en veiligheidscoëfficiënten”, gaan de verzoekende partijen er in hun kritiek aan voorbij dat de beoordeling van dit criterium in het beoordelingsverslag niet beperkt is tot de opmerking dat de algemene stabiliteit van de constructie niet wordt gecontroleerd en dat de zetting van het gebouw niet wordt bekeken, maar ruimer is zoals uit de volgende passage blijkt:

“Het bovenste gedeelte (dienstgebouw) wordt gefundeerd op palen. De opvangbak ‘hangt’ via een stijve verbinding aan het bovenste gedeelte. Hiervoor worden de wanden tussen de vijzels doorgetrokken tot boven het dienstgebouw en verandert de vorm van de fundering deels. De funderingsplaat van de tunnel wordt namelijk verlengd tot aan de opvangbak. De algemene stabiliteit van de constructie wordt niet gecontroleerd. Voor het berekenen van de paalfundering wordt een summiere verticale lastendaling van het gebouw gedaan. Doordat het lage deel in uitkraging hangt aan het gebouw, zijn evenwel grotere paalbelastingen mogelijk. Het is niet duidelijk of het lage gedeelte wordt gezien als fundering op staal. Voor het horizontale evenwicht wordt 1 rij

palen in helling geplaatst, echter is niet duidelijk wat de horizontale krachten zijn. Het eventuele opdrijven bij het droogzetten van de bak wordt niet bekeken. De zetting van het gebouw wordt niet bekeken. Er werd een studie uitgevoerd van het grondwaterpeil. Er wordt rekening gehouden met het feit dat in de nabijheid van een sluizencomplex een knik in het waterpeil kan optreden: er wordt een overhoogte van 3m ingerekend. Op het waterpeil in het bovenpand wordt geen reserve genomen.

In de paalberekening worden een veiligheid van 2 genomen op de puntweerstand en 2 op de wrijvingsweerstand, dit volgens het AOSO document.”

De verzoekende partijen tonen derhalve op het eerste gezicht niet aan dat zonder de twee betwiste vaststellingen redelijkerwijze een hogere score dan 5 op 10 diende te worden toegekend, hetgeen trouwens de tweede hoogste score van alle inschrijvingen is.

Wat betreft het subcriterium “duurzaamheid: kwaliteit van de voorgestelde materialen”, waar de verzoekende partijen 0 op 10 scoren vergeleken met 7,5 op 10 voor de gekozen inschrijver, blijkt in de eerste plaats niet dat door de opgave van de betonkwaliteit voor de “paalfundering dienstgebouw” meteen ook de betonkwaliteit voor de overige elementen werd opgegeven in de offerte.

Voorts kan met het feit dat de bouwkundige studie melding maakt van het “AOSO document: de berekening van het draagvermogen van axiaal belaste palen”, geen rekening worden gehouden aangezien de relevantie van dat document door de verzoekende partijen niet wordt toegelicht. Uit de “Eurocode 2 : Design of concrete structures” kan de Raad van State in de huidige stand van het geding, waarbij een beroep op een deskundige niet mogelijk is, geen zinvolle conclusies trekken met betrekking tot de opgave van de betonkwaliteit en minimale dekking. In de mate dat de verzoekende partijen minimaal aanspraak maken op dezelfde score van 2,5 punten die werd toegekend aan andere inschrijvers die eveneens louter hebben verwezen naar de norm van “Eurocode 2”, wordt vastgesteld dat de verzoekende partijen prima facie geen belang hebben bij hun kritiek omdat de dienovereenkomstige verhoging van de score niet tot gevolg heeft dat hun basisofferte of variante als eerste moest worden gerangschikt. Ten slotte is de vermelding in het verzoekschrift dat de minimale dekking van 75 mm in de Eurocode 2 zeker voldoende is als corrosiebescherming voor de wapening, niet meer dan een loutere bewering, daargelaten de vaststelling dat uit meervermelde code niet zonder meer afgeleid kan worden welke dekking effectief wordt voorgesteld.

Wat betreft de beoordeling van het subcriterium “Levensduur: een fysische levensduur van 100 jaar en een economische levensduur van 25 jaar” waar de verzoekende partijen 5 op 10 scoren vergeleken met 10 op 10 voor de gekozen inschrijver, gelden voor de verwijzingen naar “Eurocode 2” en de AOSO-norm dezelfde bedenkingen die reeds bij het vorige subcriterium naar voor werden gebracht. In de mate dat de verzoekende partijen voorts aanvoeren dat de betondekking inherent is aan het gekozen paaltype, zijnde een schroefpaal, die ruimschoots voldoende is voor de vereiste levensduur, gaat het om een niet concreet onderbouwde bewering. Evenmin wordt aangetoond dat de verzoekende partijen bij de beoordeling van onderhavig subcriterium, ongelijk behandeld zijn ten opzichte van andere inschrijvers. De verzoekende partijen gaan ook niet in op de beperking van de scheurwijdte die klaarblijkelijk mede een rol heeft gespeeld bij de beoordeling van hun offerte. Ten slotte tonen de verzoekende partijen niet aan dat zij bij de beoordeling van voorliggend subcriterium aanspraak konden maken op een zodanig hogere score dat hun offerte als eerste moest worden gerangschikt.

Wat betreft het subcriterium “kwaliteit van de ingediende studie: duidelijkheid, volledigheid en degelijkheid van de plans en van de berekeningsnota” waar de verzoekende partijen 6,43 op 10 scoren, dit is de hoogste score, vergeleken met 5,71 op 10 voor de gekozen inschrijver, kan in de huidige stand van het geding en rekening houdend met de veelheid van factoren die ogenschijnlijk een rol hebben gespeeld bij de beoordeling van het betrokken subcriterium, niet voetstoots aangenomen worden dat aan de verzoekende partijen een nog hogere score moest worden toegekend.

Wat betreft het subcriterium “Duurzaamheid: kwaliteit van de voorgestelde materialen” waar de verzoekende partijen 5 op 10 scoren vergeleken met 10 op 10 voor de gekozen inschrijver, blijkt dat het verslag van de beoordelingscommissie steunt op het SECO-verslag waarin bij de vergelijking betreffende de fundering van het vizelgemaal wordt vermeld: “De maatregelen voor de bescherming van de damplanken worden niet beschreven. Er wordt vermeld dat er met diktevermindering tgv corrosie wordt rekening gehouden. Dit is echter niet duidelijk in de berekeningen”, en bij de vergelijking met betrekking tot de grondkering langs het jaagpad: “De wijze waarop er wordt omgegaan met de duurzaamheid van de damplanken is niet gedetailleerd”, “De bescherming van de grondankers is niet aangegeven” en “De voegen tussen de damplanken kunnen als grond dicht en quasi waterdicht worden beschouwd”. Voorts tonen de verzoekende partijen met de

loutere verwijzing naar de flens- en lijfdikte van de damplanken op het eerste gezicht niet aan waarom zulks redelijkerwijze enkel tot een hogere score moest leiden. Daarenboven zou zelfs de toekenning van de maximumscore van 10 punten niet tot gevolg hebben gehad dat de offerte van de verzoekende partijen boven de basisofferte en varianten van de tussenkomende partijen moest worden gerangschikt.

Betreffende de beoordeling van het subcriterium “Levensduur: een fysische levensduur van 100 jaar en een economische levensduur van 25 jaar” waar de verzoekende partijen een score van 0 op 10 krijgen vergeleken met 5 op 10 voor de gekozen inschrijver, vermeldt het beoordelingsverslag voor de verzoekende partijen:

“Voor de damplanken wordt best een overdikte voorzien ten gevolge van aantasting van corrosie. Dit is niet voorzien. Voor het gedeelte dat in contact staat met lucht wordt best een coating voorzien. Deze is niet voorzien. Het is aangewezen de constructie op regelmatige tijdstippen te monitoren, met in het bijzonder de aansluiting van ankers op de damplanken.”

Voor de offerte van de THV Fabricom-Hye vermeldt hetzelfde verslag:

“Voor de damplanken wordt een corrosiesnelheid van 0,03mm/jaar ingerekend. Voor het gedeelte dat in contact staat met lucht wordt best een coating voorzien, deze is niet voorzien. Het is aangewezen de constructie op regelmatige tijdstippen te monitoren, met in het bijzonder de aansluiting van de ankers op de damplanken.”

Aldus lijkt het puntenverschil tussen de verzoekende partijen en de tussenkomende partijen voor dit criterium enkel te kunnen worden verantwoord door het feit dat de verzoekende partijen voor de damplanken geen overdikte voorzien terwijl de tussenkomende partijen een corrosiesnelheid van 0,03 mm/jaar inrekenen, hetgeen lijkt samen te vallen met het voorzien van een overdikte. De vermelding onder de algemene principes van de bouwkundige studie van de verzoekende partijen dat de damplanken worden voorzien van de nodige corrosiebescherming en dit volgens de bestekvoorwaarden, is prima facie te algemeen om aanzien te kunnen worden als een beschrijving van de maatregelen voor de bescherming van damplanken of een gedetailleerde beschrijving van de wijze waarop er wordt omgegaan met de duurzaamheid van de damplanken, zodat het voorafgaand verslag van SECO op het eerste gezicht terecht tot de bevinding is kunnen komen dat de maatregelen voor de bescherming van de damplanken niet worden beschreven en de wijze waarop wordt omgegaan met de duurzaamheid

ervan niet “gedetailleerd” is. Voorts laat de verwijzing door de verzoekende partijen naar de gegevens van de bouwkundige studie, daargelaten de vraag of de betrokken gegevens met zekerheid het aangeboden bepalen, onverlet dat de gebeurlijke toekenning aan de verzoekende partijen van dezelfde score als deze die aan de gekozen inschrijver werd toegekend niet van beslissende invloed zou zijn geweest op de onderlinge rangschikking van de betrokken inschrijvers.

In zoverre de verzoekende partijen de beoordeling van het derde gunningscriterium betwisten op grond van het argument dat aan een met het bestek strijdige en dus onregelmatige uitvoeringswijze een hogere score wordt toegekend, zonder evenwel rekening te houden met de in hun ogen zwaarwegende nadelen van de gekozen klemmethode die opgesomd worden bij de uiteenzetting van het eerste middel, valt onderhavig middelonderdeel in wezen samen met het eerste middel dat niet ernstig werd bevonden. Waar de verzoekende partijen aanvoeren dat een en ander niet behoorlijk werd gemotiveerd, wordt aanknoping gezocht bij de formele motiveringsplicht waarvan de schending echter in het tweede middel niet wordt ingeroepen.

Het tweede middel is niet ernstig.

12. Nu geen van de aangevoerde middelen ernstig is bevonden, is niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de NV Fabricom en de NV Hye, samen vormend te THV Fabricom-Hye tot tussenkomst in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 250 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 juli 2010, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Peter Sourbron,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Peter Sourbron