RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 219.740 van 14 juni 2012
in de zaak A. 192.922/XII-5849

In zake: de NV TRANSRAD
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Günther L'heureux
kantoor houdend te 1040 Brussel
Wetstraat 26/7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 juni 2009, strekt tot de nietigverklaring van "1) de beslissing van de [Universiteit Gent] betreffende de opdracht inzake conditionering, laden, vervoer en lossen van de kerntechnische materialen afkomstig van de Thetis onderzoeksreactor van de Universiteit Gent, waarbij die opdracht wordt toegewezen aan de n.v. Transnubel, dd. 19 maart 2009; 2) en tevens de beslissing waarbij de offerte van de [nv Transrad] niet werd uitgekozen in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking m.b.t. voormelde opdracht".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 214.350 van 30 juni 2011 is het debat heropend.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een aanvullende memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een tweede laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 april 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Roel Meeus, die loco advocaat Günther L'heureux verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat David D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft de overheidsopdracht "Conditionering, laden, vervoer en lossen van de kerntechnische materialen afkomstig van de Thetis onderzoeksreactor van de Universiteit Gent" uit, waarop het bestek nr. 2008/046 van toepassing is.

Het betreft een opdracht voor de conditionering, het laden, vervoer en lossen van gebruikte brandstof en andere nucleaire materialen afkomstig van de Thetis onderzoeksreactor van het Instituut voor Nucleaire

Wetenschappen van verwerende partij en dit tussen de site van de reactor Thetis en de site van Belgoprocess. De gebruikte brandstof en andere nucleaire materialen zijn in het gebouw van de reactor Thetis te laden en respectievelijk in de PAMELA of in de CILVA installaties van Belgoprocess te Dessel te lossen.

3.2. De gunning van deze opdracht maakt het voorwerp uit van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking met toepassing van artikel 17, § 2, 1°, b, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

De opdracht gaat volgens het bestek gepaard met bijzondere veiligheidsmaatregelen overeenkomstig de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen.

3.3. Verwerende partij raamt de opdracht op 1.808.905,00 euro btw niet inbegrepen, indien het transport kan gebeuren met een container die thans beschikbaar is op de markt, en op 3.182.000,00 euro btw niet inbegrepen indien een container moet worden gefabriceerd.

3.4. Verwerende partij schrijft met een brief van 14 juli 2008 een zestal ondernemingen aan en informeert naar hun interesse voor de opdracht mits hun medewerkers over de vereiste veiligheidsmachtiging beschikken.

De aanvankelijk vooropgestelde uiterste datum voor indiening van de offertes was 19 september 2008 maar werd uiteindelijk vastgelegd op 15 december 2008.

3.5. Twee kandidaten dienden een offerte in:
- nv Transnubel voor een bedrag van 481.050,00 euro btw niet inbegrepen;
- nv Transrad voor een bedrag van 825.000,00 euro btw niet inbegrepen.

3.6. Verwerende partij start met beide inschrijvers onderhandelingen op met het oog op het verduidelijken van de opmerkingen die zij had bij de offertes.

Die opmerkingen worden geformuleerd in brieven die verwerende partij op 13 januari 2009 verstuurt aan de beide inschrijvers. In die brieven wordt puntsgewijs aangegeven over welke elementen van de respectieve offertes verwerende partij bijkomende informatie wenst te krijgen. Die elementen zouden dan vervolgens worden besproken tijdens de onderhandelingen.

3.7. De onderhandelingen grijpen plaats op 27 januari 2009 en worden bijgewoond door vertegenwoordigers van verwerende partij en van het Studiecentrum voor kernenergie die verwerende partij als adviseurs bijstaan. Ze worden ook bijgewoond door vertegenwoordigers van het FANC (Federaal Agentschap voor Nucleaire controle), van BEL-V (filiaal van het FANC en bevoegd voor nucleaire veiligheid en stralingsbescherming), van Belgoprocess (onderneming gespecialiseerd in de verwerking, conditionering en tussentijdse opslag van radioactief afval) en van NIRAS (Nationale Instelling voor Radioactief Afval en Verrijkte Splijtstoffen), instellingen die advies moeten geven over de operaties.

3.8. Verwerende partij concludeert in de bestreden beslissing aangaande de ingediende offertes en de gevoerde onderhandelingen samen met de haar adviserende instanties als volgt:

> "1. nv Transnubel
>
> - Voordelen:
>
> ° Flexibele oplossing, bv. bij een lekkende bundel (meer tijd voor correctieve acties dan bij Transrad, zonder extra kosten)
> ° Geen interferentie met de Thetis-infrastructuur
> ° Goed omschreven dossier, geen technische problemen te verwachten
> ° Personeel is gekwalificeerd door EdF
> ° Dossier voor het verkrijgen van de 'speciale overeenkomst' is voorzien in de offerte
> ° Alle analyses, berekeningen, … zijn voorzien in de offerte (risico-analyses, gedetailleerde dosisschatting, radiologische karakterisatie, warmte-inhoud (ORIGIN), kriticaliteit

° Veiligheidsmachtigingen zijn in orde

- nadelen:

° Geen type B(u)F container:
  - nog nooit gebruikt voor splijtbaar materiaal
  - transport onder 'speciale overeenkomst' vereist een zwaar dossier t.l.v. Transnubel
  - Goedgekeurd als type B container (geactiveerd materiaal)

° Bezetting van Pamela-installatie in Dessel: + 16 dagen
° 4 extra kokers nodig, extra kostprijs van 2.400 EUR
° Blokkeren van de bundel: kantelen container, transport

2. nv Transrad

- Voordelen:

° Type B(u)F containers. Inhoud nog te definiëren, maar dit lijkt geen probleem
° 1 transport: korte bezetting van Thetis en Pamela - installatie
° De ladingsoperatie is reeds uitgevoerd in een 'gelijkaardige' installatie in Portugal

- Nadelen:

° Gebruik van water als biologische afscherming
  - 5 à 7 m³ voor de afscherming van de container, water moet afgevoerd worden als B02-afval
  - De Universiteit Gent is niet overtuigd van de noodzaak om de stockageputten te vullen met water. Dit moet in ieder geval absoluut vermeden worden, om geen invloed te hebben op de latere ontmantelingswerken.

° De offerte geeft geen antwoord op zaken als 'manipulaties', studies, risico-analyses, uitvoeringsstudies
° Wijzigingen aan de Thetis-infrastructuur wegens het gewicht van de container blijken finaal niet nodig te zijn
° Koude testen bij Belgoprocess zijn niet inbegrepen, maar wel noodzakelijk voor BEL V
° Koude testen bij Thetis gebeuren slechts 1 dag voor de eigenlijke lading. Dit geeft geen ruimte voor correctieve acties.
° De gebruikte kokers zijn niet waterdicht, omdat de container intern vrij moet zijn van water bij transport. Dit kan mogelijks een probleem vormen bij Belgoprocess.
° De 25 kokers komen ten laste van Universiteit Gent. Zij moeten op kosten van de Universiteit Gent afgevoerd worden. De verschillende mogelijkheden zijn: decontaminatie, smelting of afvoer als radioactief afval.

° De procedure voor het gebruik van de interne Thetis container is ten laste van de Universiteit Gent.
° Bundel n° 25, die origineel bedoeld was voor afvoer in Cilva, wordt met de TN-MTR container vervoerd naar de Pamela-installatie. Er moet nagegaan worden of een intern transport tussen Pamela en Cilva mogelijk is (met extra kosten). Of moet de bundel verder behandeld worden in Pamela, wat een extra 400-liter vat betekent (met extra kosten)? Het laatste lijkt, op basis van het standpunt van NIRAS, heel waarschijnlijk.
° De materialen en gereedschappen van Transrad zijn zwaarder dan deze van Transnubel, waardoor de veiligheidsfactor t.o.v. de bestaande infrastructuur kleiner is".

Wat het financiële aspect van de opdracht betreft berekent verwerende partij rekening houdend met de prijsbepaling in de offertes en de andere berekenbare gegevens uit de offertes dat de kostenvergelijking (btw niet inbegrepen) tussen beide offertes als volgt is:

Nv Transnubel: 481.050,00 euro + 146.700,00 euro = 627.750,00 euro;
Nv Transrad: 825.000,00 euro + 147.800,00 euro = 972.800,00 euro.

Na vergelijking door NIRAS van de kosten voor de ontlading van de transportcontainers zoals voorgesteld door beide inschrijvers blijkt dat de offerte van nv Transnubel 217.380,00 euro goedkoper is dan de offerte van nv Transrad.

3.9. In de gemotiveerde gunningsbeslissing van 19 maart 2009 overweegt verwerende partij dat de nv Transnubel de voordeligste offerte heeft ingediend om volgende redenen:

"1. Het prijsverschil tussen beide offertes (all-in cost) is manifest in het voordeel van nv Transnubel.
2. NV Transnubel stelt de type B container voor, met een transport onder 'speciale overeenkomst'. Tijdens de vergadering van 27 januari 2009 met alle betrokken partijen is geen bezwaar gemeld tegen deze werkwijze. Het FANC stelde dat dit een goed dossier vergt, maar deze verantwoordelijkheid ligt volledig bij nv Transnubel, en de kosten ervan zijn opgenomen in haar offerte.
3. De offerte van nv Transnubel is de [meest] gedetailleerde. Hierdoor kan de evaluatie reeds grondig worden uitgevoerd. Tijdens de vergadering van 27 januari 2009 werd ook gesteld dat bij deze oplossing geen technische

problemen worden verwacht en dat de veiligheidsfactoren in dit scenario groter zijn dan bij nv Transrad.
4. De oplossing voorgesteld door nv Transnubel is meer flexibel".

De opdracht wordt toegewezen aan de nv Transnubel voor een bedrag van 481.050,00 euro btw niet inbegrepen.

IV. Onderzoek van de middelen

Vooraf

4.0. Door het arrest nr. 214.350 is verzoekende partij in staat gesteld kennis te nemen van de oorspronkelijk als vertrouwelijk aangemerkte stukken van het administratief dossier en een aanvullende memorie in te dienen.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. Verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van "de bepalingen van het lastenboek 2008/046 met betrekking tot conditionering, laden, vervoer en lossen van de kerntechnische materialen afkomstig van de Thetis onderzoeksreactor van de Universiteit van Gent, inzonderheid artikel 9.1, 4°, artikel 10.1, artikel 10.3, 4de alinea, eerste °, eerste ° en artikel 11.5.2., uit de miskenning van het adagium *patere legem quam ipse fecisti*, uit de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, uit de manifeste beoordelingsvergissing, zowel in rechte als in feite, en uit machtsoverschrijding".

In het bestek wordt uitdrukkelijk voorgeschreven, aldus verzoekende partij, dat de verpakking voor het transport van de betrokken stoffen dient te voldoen aan de B(U)F - norm en goedgekeurd te worden door het FANC. De offerte van de nv Transnubel beantwoordt niet aan deze besteksvereiste die nochtans een essentiële technische vereiste is; de container zal worden gebruikt

onder “speciale overeenkomst”. Dat in het bestek bepaald wordt dat er kan worden afgeweken van technische vereisten, is geen vrijbrief voor de aanbestedende overheid omdat deze bepaling zelf aangeeft dat de impact van de afwijking zoveel mogelijk beperkt dient te zijn; het niet voldoen aan de besteksvereiste van een B(U)F - verpakking kan moeilijk als beperkt beschouwd worden.

Voorts wordt in de toewijzingsbeslissing evenmin vermeld dat de offerte van de nv Transnubel voldoet aan de besteksvereiste van de verzekering inzake burgerlijke nucleaire aansprakelijkheid tijdens het vervoer.

Om deze redenen had de offerte van de nv Transnubel niet conform moeten worden verklaard en uitgesloten van de onderhandelingen.

Ten slotte betoogt verzoekende partij dat in de mate dat verwerende partij de niet conformiteit van de offerte van nv Transnubel door de vingers heeft gezien en heeft toegelaten van de in het bestek bepaalde eisen af te wijken, zij ook aan verzoekende partij de mogelijkheid had moeten bieden om haar offerte op die punten te herzien en een eventueel gewijzigd voorstel in het kader van onderhandelingen te doen.

4.2. In haar eerste laatste memorie betoogt verzoekende partij dat de ADR-reglementering hoe dan ook een B(U)F - verpakking vereist. Een transport onder speciale overeenkomst voldoet hier niet aan. Een afwijking op de ADR-reglementering bij wijze van speciale overeenkomst is slechts mogelijk zo aangetoond wordt dat niet kan worden voldaan aan de ADR-reglementering, gegeven dat door het FANC dient te worden nagegaan. Het FANC kan een transport onder speciale overeenkomst slechts aanvaarden indien aangetoond is dat er niet kan worden voldaan aan de ADR-reglementering en dat de vereiste in het ADR vastgelegde veiligheidsnormen worden nageleefd.

4.3. In haar aanvullende memorie beklemtoont verzoekende partij dat de nv Transnubel in haar offerte de indruk geeft dat het FANC verplicht was de voorgestelde verpakking onder speciale overeenkomst te vergunnen.

Beoordeling

5.1. Voor zover verzoekende partij in haar verzoekschrift aanvoert dat de offerte van de nv Transnubel niet zou voldoen aan de besteksvereiste van de verzekering inzake burgerlijke nucleaire aansprakelijkheid tijdens het vervoer, wordt opgemerkt dat zij niet repliceert in haar memorie van wederantwoord op het verweer dat deze offerte wel voldoet aan die vereiste zodat het middelonderdeel feitelijke grondslag mist. Evenmin repliceert zij op het standpunt in het auditoraatsverslag dat zij blijkbaar afziet van deze kritiek. In die omstandigheden wordt aangenomen dat verzoekende partij afstand heeft gedaan van dit middelonderdeel.

5.2.1. Luidens artikel 9.1 van het bestek is de aannemer verantwoordelijk voor de terbeschikkingstelling van B(U)F-verpakkingen voor het transport van alle stoffen.

Luidens artikel 10.3 van het bestek dient de aannemer op het niveau van de prestatie het volgende vereiste te respecteren: “Transportverpakkingen: Goedkeuring type B(U)F door het FANC”.

Luidens artikel 10.1 van het bestek dient de verpakking gebruikt voor het transport te beantwoorden aan de reglementering op het transport van gevaarlijke goederen en moet het FANC de verpakking dus goedkeuren.

Luidens artikel 10.2, tweede lid, van het bestek moet elke afwijking op een van de in dit lastenboek vermelde punten in de offerte duidelijk worden gemeld aan de aanbestedende dienst en dienen eventuele afwijkingen te worden beschreven, alsook de acties die worden voorgesteld om de impact van deze afwijkingen zoveel mogelijk te beperken; de eindbeslissing zal genomen worden door de aanbestedende dienst.

5.2.2. Luidens de gemotiveerde toewijzingsbeslissing stelt de nv Transnubel voor het transport vier containers voor van het type D14000, dit zijn geen type B(U)F containers.

Artikel 10.2 van het bestek laat een afwijking toe op een van de in het bestek vermelde punten. Een andere verpakking behoorde dan ook tot de mogelijkheden waarover de aanbestedende overheid diende te beslissen.

De omstandigheid dat de nv Transnubel bij de toewijzing nog geen goedkeuring van het FANC voor het transport onder speciale overeenkomst had, betreft de uitvoering van de opdracht.

Tijdens de onderhandelingen van 27 januari 2009 werd de werkwijze van de nv Transnubel toegelicht onder meer in aanwezigheid van vertegenwoordigers van het FANC zodat verwerende partij geacht moet worden zich een goed idee te hebben kunnen vormen over de goedkeuringsaspecten die deze werkwijze met zich meebrengt.

Verzoekende partij had evenzeer de mogelijkheid om bij haar offerte een alternatieve werkwijze inzake transport voor te stellen.

De argumentatie van verzoekende partij met betrekking tot de mogelijkheid af te wijken van de ADR-reglementering geeft geen aanleiding tot een ander antwoord; mocht zij echter hiermee haar middel een nieuwe grondslag geven dan moet worden vastgesteld dat zij dit eerder in de procedure had moeten inbrengen.

6. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. In een tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, manifeste beoordelingsvergissing, zowel in rechte als in feite, en machtsoverschrijding.

Verwerende partij heeft de opdracht gegund aan een inschrijver die een offerte heeft ingediend die een voorbehoud inhoudt. In de offerte van de nv Transnubel wordt vermeld dat als er geen vergunning wordt afgeleverd voor het transport onder speciale overeenkomst de nv Transnubel al het nodige zal doen om andere middelen in te zetten en de gedetailleerde meerkosten voor te leggen aan verwerende partij die dan de beslissing kan nemen om verder te gaan of niet; indien het daardoor voor de nv Transnubel onmogelijk is de afvoer van de splijtstoffen uit te voeren zullen er geen kosten worden gefactureerd aan verwerende partij. Dit voorbehoud vindt geen steun in het bestek, noch in de wetgeving en reglementering met als gevolg dat bij de beoordeling der inschrijvingen de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang wordt gebracht doordat de vergelijking van de inschrijvingen vrijwel niet meer mogelijk is. Bovendien heeft de nv Transnubel door het transport onder speciale overeenkomst aan te bieden een prijsvoordeel bedongen. Dergelijke handelwijze gaat in tegen de forfaitaire grondslag van overheidsopdrachten.

7.2. In haar eerste laatste memorie benadrukt verzoekende partij dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden doordat verzoekende partij in een concurrentieel meer nadelige positie is geplaatst “nu ze zelf wel de kost verbonden aan de goedkeuring van een B(U)F - verpakking dient te dragen”.

7.3. In haar aanvullende memorie merkt verzoekende partij op dat de offerte van de nv Transnubel tegenstrijdig is op het vlak van het forfaitair karakter van de prijs; enerzijds wordt erin gesteld dat de nv Transnubel binnen de afgesproken prijs zal werken, anderzijds formuleert zij een voorbehoud voor de meerkosten in het geval dat er geen vergunning wordt afgegeven door het FANC voor de speciale overeenkomst.

Beoordeling

8. In de toewijzingsbeslissing wordt overwogen:

> “Overwegende dat de offerte van de nv Transnubel een uitdrukkelijke bepaling bevat voor het geval geen transport ‘onder speciale overeenkomst’ mogelijk zou zijn (blz. 8/9) : ‘Indien er geen vergunning afgeleverd wordt zal Transnubel al het nodige doen om andere middelen

in te zetten en de gedetailleerde meerkosten voor te leggen aan Gent, die dan de beslissing kan nemen om verder te gaan of niet. Indien het daardoor voor Transnubel onmogelijk is de afvoer van de splijtstoffen uit te voeren zullen er geen kosten gefactureerd worden aan Gent'".

Verzoekende partij voert de schending aan van een aantal beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheids-, het redelijkheids- en het gelijkheidsbeginsel alsmede een beoordelingsvergissing; zij steunt haar middel niet op een schending van een uitdrukkelijke norm uit de overheidsopdrachtenreglementering.

Geconfronteerd met het standpunt in het auditoraatsverslag dat verzoekende partij in wezen de schending aanvoert van 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, dat bepaalt dat de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig kan beschouwen indien ze enig voorbehoud inhouden, artikel dat niet van toepassing is op een onderhandelingsprocedure, werpt verzoekende partij op dat zij essentieel de schending van het gelijkheidsbeginsel aanvoert. Het gelijkheidsbeginsel, aldus verzoekende partij, vereist onder meer dat alle aanbiedingen in overeenstemming zijn met het bestek om een objectieve vergelijking mogelijk te maken; daar de nv Transnubel van dit bestek afwijkt door geen transport in B(U)F containers aan te bieden wordt verzoekende partij in een concurrentieel meer nadelige positie geplaatst nu zij zelf de kost verbonden aan de goedkeuring van een B(U)F-verpakking dient te dragen.

Zoals in het eerste middel aangenomen mocht verwerende partij terecht beslissen de door de nv Transnubel aangeboden verpakkingswijze te aanvaarden en beschikte verzoekende partij zelf over de mogelijkheid om een andere transportwijze dan de B(U)F containers aan te bieden. De beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel is dan ook niet voorhanden.

Voorts mocht de nv Transnubel gebruik maken van de in het bestek vervatte mogelijkheid van de speciale overeenkomst waarbij slechts bij de uitvoering het bewijs van de vergunning door het FANC moet worden

voorgelegd. Verwerende partij wordt tot niets verbonden bij een negatieve beslissing van het FANC.

Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

9. In een derde middel voert verzoekende partij de schending aan 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 in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële-motiveringsplicht en het gelijkheidsbeginsel en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de kennelijke beoordelingsvergissing, zowel in rechte als in feite, en het verbod van willekeur en machtsoverschrijding.

10.1. Op de eerste plaats voert verzoekende partij aan dat verwerende partij een aantal "nadelen" van de offerte van verzoekende partij aanmerkt doch nalaat dit deugdelijk te motiveren.

10.1.1. Verwerende partij houdt ten onrechte als nadeel van de offerte voor dat hierin het gebruik van water als biologische afscherming wordt voorgesteld terwijl het slechts, conform het bestek, als bewarende maatregel wordt opgenomen; de toewijzingsbeslissing gaat er dus ten onrechte van uit dat het om een zekerheid gaat.

10.1.2. "De afwezigheid van manipulaties, studies, risicoanalyses, uitvoeringsstudies, … wordt", aldus verzoekende partij, door verwerende partij bij de offerte van verzoekende partij als een nadeel beschouwd "terwijl de voorziene analyse, berekeningen, schattingen en dergelijke meer als een voordeel voor Transnubel worden aangerekend, terwijl deze analyses en dergelijke meer pas bij de uitvoering van de opdracht zullen worden bijgebracht". Verwerende partij werkt duidelijk met twee maten en twee gewichten.

10.1.3. Verwerende partij beschouwt de wijzigingen aan de Thetis-infrastructuur als een nadeel bij de offerte van verzoekende partij doch deze wijzigingen blijken finaal niet nodig te zijn.

10.1.4. Verwerende partij merkt ook als nadeel bij de offerte van verzoekende partij op dat koude testen bij Thetis slechts één dag voor de eigenlijke lading gebeuren zodat correctieve acties niet meer kunnen worden doorgevoerd. Dit is een onjuist motief. Er is nog wel plaats voor dergelijke acties.

10.1.5. Het feit dat bij de offerte van verzoekende partij de kokers niet waterdicht zijn wordt door verwerende partij als een nadeel aangezien; dit is in tegenspraak met de geschreven bevestiging van NIRAS dat deze kokers niet lekdicht hoeven te zijn.

10.1.6. Het door verwerende partij opgeworpen nadeel bij de offerte van verzoekende partij dat 25 kokers ten laste komen van verwerende partij is een nadeel dat, "als het zich stelt, zowel voor Transnubel, als voor verzoekende partij geldt en terzake kan dus geen verschillende beoordeling tussen de offertes worden gemaakt".

10.1.7. De procedure voor het gebruik van de interne Thetis-container is die van de Universiteit van Gent zelf en dat kan bezwaarlijk als een nadeel in hoofde van verzoekende partij worden beschouwd.

10.1.8. Dat bundel nr. 25 zou bedoeld zijn voor afvoer in CILVA, is voor verzoekende partij een nieuw gegeven wat dan ook geen negatief element voor de beoordeling van haar offerte kan betekenen.

10.1.9. Nergens wordt, aldus verzoekende partij, aangetoond dat, aangezien de materialen en gereedschappen van verzoekende partij zwaarder zijn dan die van de nv Transnubel, de veiligheidsfactor ten aanzien van de bestaande infrastructuur kleiner is.

10.2. Verzoekende partij merkt verder op dat verwerende partij de voordelen van de offerte van de nv Transnubel ook had moeten toeschrijven aan

de offerte van verzoekende partij. Als voorbeelden geeft zij dat ook zij een goed omschreven dossier heeft ingediend, dat er geen technische problemen te verwachten zijn, dat het personeel gekwalificeerd is door EDF, dat “alle analyses, berekeningen,… zijn voorzien in de offerte” en dat de veiligheidsmachtigingen in orde zijn.

10.3. Ten slotte wijst verzoekende partij er op dat de beide offertes ruim beneden de ramingsprijs liggen en dus allebei goedkoop zijn; het is dan ook, aldus verzoekende partij, onterecht dat het prijsverschil tussen de beide offertes als een decisief motief wordt beschouwd om de offerte van de nv Transnubel hoger in te schatten temeer omdat de nv Transnubel een vergunning vandoen heeft voor haar speciale overeenkomst.

11.1.0. Op de eerste plaats merkt verwerende partij op dat verzoekende partij geen belang heeft bij het inroepen van de schending van de formele-motiveringsplicht omdat zij inhoudelijk ingaat op de motieven.

11.1.1. Verwerende partij merkt ten aanzien van het eerste in aanmerking genomen nadeel bij de offerte van verzoekende partij op dat het bestek helemaal niet water als biologische afscherming voorschrijft. Wanneer water wordt voorgesteld als afschermingsmethode laat verwerende partij weten dat zij een andere methode prefereert; verzoekende partij heeft echter nagelaten een andere methode voor te stellen.

11.1.2. Verwerende partij merkt op dat de offerte van verzoekende partij geen enkel gegeven bevat met betrekking tot de manipulaties, studies, risicoanalyses of de uitvoeringsstudies maar zich beperkt tot de blote stelling dat verzoekende partij en haar partner voldoende ervaring en kennis hebben. De offerte van de nv Transnubel bevat daarentegen, aldus verwerende partij, gedetailleerde documenten betreffende de nucleaire veiligheid en de algemene veiligheid waarna ze er een beschrijving van geeft; “[v]anzelfsprekend zullen de details van de verschillende documenten worden afgewerkt na gunning van de opdracht”.

11.1.3. Verzoekende partij heeft weliswaar bij brief opgemerkt dat er geen werken noodzakelijk waren aan de Thetis-infrastructuur doch zij heeft dit nooit gestaafd aan de hand van berekeningen zodat het voor het evaluatieteam een onzekere factor bleef. In elk geval waren deze werken voorzien in de offerte van verzoekende partij en is het feit niet van aard om de offerte van verzoekende partij als de meest gunstige te beschouwen.

11.1.4. Verwerende partij blijft bij haar standpunt dat bij het testen één dag vóór de lading correctieve acties zonder tijdverlies problematisch zijn. De offerte van de nv Transnubel voorziet in een flexibelere aanpak.

11.1.5. Het feit dat de kokers in de offerte van verzoekende partij niet hermetisch kunnen worden afgesloten kan volgens NIRAS een probleem geven "omdat het risico bestond dat de ontlaadruimte van Pamela kon besmet worden met extra ontsmettingskosten en tijdsverlies (+ bezettingskost Pamela) tot gevolg". De kokers in de offerte van de nv Transnubel kunnen wel worden afgesloten.

11.1.6. Verwerende partij merkt op dat verzoekende partij volgens haar offerte verplicht is 25 kokers te gebruiken; bij de offerte van de nv Transnubel is dit maximaal 8.

11.1.7. Volgens verwerende partij zorgt de door de nv Transnubel voorgestelde werkwijze niet voor interferentie met de Thetis-container terwijl de werkwijze volgens de offerte van verzoekende partij dit wel impliceert en de kosten ervan ten laste van verwerende partij legt.

11.1.8. De problematiek van bundel nr. 25 is wel degelijk een nadeel voor de offerte van verzoekende partij; de voorgestelde werkwijze van verzoekende partij, namelijk het vervoer ervan met de TN-MTR container naar Pamela, houdt in dat ofwel er een intern transport komt tussen Pamela en Cilva dan wel de bundel moet worden behandeld in Pamela, wat telkens extra kosten betekent.

11.1.9. Verwerende partij merkt op dat de door verzoekende partij gebruikte materialen veel dichter bij het maximum gewicht van de brug in de reactorhal van Thetis liggen dan die van de nv Transnubel.

11.2. Verwerende partij stelt dat zij terecht oordeelde dat de offerte van verzoekende partij geen enkel gegeven bevat met betrekking tot de manipulaties, studies, risicoanalyses of de uitvoeringsstudies en dit in tegenstelling tot de offerte van de nv Transnubel. Voorts wijst zij erop dat er in hoofde van verzoekende partij wel degelijk technische problemen te verwachten zijn wat onder meer zou blijken uit de niet waterdichte kokers, het vervoer van bundel 25, de zwaardere materialen en gereedschappen van verzoekende partij waardoor de veiligheidsfactor ten aanzien van de bestaande infrastructuur kleiner is en de koude testen slechts één dag vóór de lading, allemaal zaken die bij de offerte van de nv Transnubel niet ter sprake komen. Uit de offerte van verzoekende partij blijkt ook niet dat haar personeel een externe opleiding bij de EDF heeft gevolgd.

11.3. Verwerende partij wijst erop dat de prijs slechts één van de gunningscriteria was en dat de offerte van de nv Transnubel ook beter op de andere criteria scoorde. Ook meent zij dat het feit dat de opgegeven prijzen onder de raming liggen, niets afdoet van het feit dat de prijs van de nv Transnubel meer dan 217.830 [lees: 217.380] euro goedkoper was dan die van verzoekende partij.

12. In haar memorie van wederantwoord merkt verzoekende partij onder meer op dat het gebruik van 25 kokers sowieso in haar prijs vervat zit zodat dit geen nadeel kan betekenen voor haar offerte; integendeel, door 25 en geen acht kokers in te zetten wordt het transport beperkt en dus ook het veiligheidsrisico. Ook wijst zij erop dat het bijbrengen van informatie inzake de manipulaties, studies, risicoanalyses en uitvoeringsstudies slechts aan de orde is bij de uitvoering van de opdracht zodat het geen rol kan spelen bij de beoordeling van de offertes.

13. In haar eerste laatste memorie beperkt verzoekende partij zich tot een loutere verwijzing naar haar standpunt uiteengezet in haar verzoekschrift en haar memorie van wederantwoord.

14. In haar aanvullende memorie voert verzoekende partij de schending aan van het gelijkheidsbeginsel omdat zij niet over dezelfde informatie zou hebben beschikt als de nv Transnubel om met kennis van zaken een offerte in te dienen.

Zo beschikte de nv Transnubel blijkbaar over bijzondere, gedetailleerde kennis van de transfertcontainer en van de bijhorende grijper bij de indiening van de offerte; verzoekende partij had zelf bij verwerende partij informatie over de aanwezige transfertcontainer opgevraagd doch enkel een plan ervan gekregen. Hierdoor was verzoekende partij genoodzaakt in een eigen transfertcontainer te voorzien wat een belangrijke impact heeft op de prijs.

Zo ook had verzoekende partij informatie gevraagd aan verwerende partij over de zogenaamde koude testen doch deze niet ontvangen. De nv Transnubel heeft in haar offerte wel een beschrijving gegeven van de testprogramma's "hetgeen er op wijst dat deze over de benodigde informatie beschikte".

15. Verwerende partij merkt in haar aanvullende memorie op dat zij geen specifieke informatie voorbehouden heeft aan de nv Transnubel; alle inschrijvers hebben de gelegenheid gehad de betrokken installaties te bezoeken en zich een idee te vormen. Het gebrek aan detaillering in de offerte van verzoekende partij is, aldus verwerende partij, aan haarzelf te wijten aangezien verzoekende partij, toen verwerende partij haar tijdens de gunningsprocedure opmerkte dat haar offerte te weinig gedetailleerd was, antwoordde dat zij zich bewust was dat "enige details" ontbraken doch dat zij met haar partner over voldoende ervaring beschikten om de opdracht tot een goed einde te brengen. Verzoekende partij heeft niet gemeld dat zij onvoldoende informatie had om tot een verdere detaillering te komen. Overigens wordt in het bestek vermeld dat er een interne transfertcontainer beschikbaar is en kan worden gebruikt door de aannemer zodat zij ten onrechte beweert dat zij genoodzaakt werd zelf in een container te voorzien.

Wat de testprogramma's betreft merkt verwerende partij op dat in het bestek wordt voorgeschreven dat de aannemer zelf verantwoordelijk is

voor de uitvoering van “een testprogramma dat de validering van de procedures mogelijk maakt” en dat “alle voorziene operaties [voldoende moeten worden gedocumenteerd]”. Welnu, verzoekende partij heeft zich hier zeer beperkt in haar offerte terwijl in de offerte van de nv Transnubel het testprogramma beduidend beter is omschreven.

16. In haar tweede laatste memorie beklemtoont verzoekende partij dat zij niet beweert “dat verwerende partij informatie zou verschaft hebben aan de nv Transnubel en niet aan verzoekende partij” doch wel dat “de verwerende partij nagelaten heeft om verzoekende partij afdoende te informeren”. Door het gebrek aan informatie over de transfertcontainer heeft verzoekende partij zelf voor een dergelijke container moeten instaan.

Beoordeling

17. Wat de aangevoerde schending van de formele-motiverings-plicht betreft wordt deze verworpen; verzoekende partij toont niet aan welk nadeel zij zou hebben geleden nu zij inhoudelijk de motieven van de bestreden beslissing bekritiseert.

18. Verzoekende partij voert op de eerste plaats aan dat de in de bestreden beslissing opgesomde nadelen in hoofde van haar offerte onjuist zijn en niet deugdelijk gemotiveerd. Hierbij wordt kritiek geleverd op de technische beoordeling van haar offerte. Deze kritiek is van die aard dat ze niet zomaar begrijpbaar en verifieerbaar is voor de Raad van State.

Het behoort een verzoekende partij om de middelen die zij aanvoert in het inleidend verzoekschrift in dergelijke mate volledig en begrijpbaar voor te stellen dat het achtereenvolgens de verwerende partij, het auditoraat en uiteindelijk de Raad van State mogelijk wordt gemaakt van de precieze strekking van de middelen kennis te nemen. Zulks geldt des te meer indien een middel een technische inslag heeft. In bepaalde gevallen kan dan zelfs worden verwacht dat een verzoekende partij haar middel ondersteunt met een minimum aan deskundige gegevens of rapporten opdat zulks aanleiding kan

geven tot een evenzeer onderbouwd antwoord van de verwerende partij en tot het eventueel aanstellen van een deskundige door het auditoraat of de Raad van State.

Verzoekende partij komt hieraan tekort. Zij licht haar middel niet toe met deskundige verslagen of rapporten die dit middel de vereiste ernst geven die aanleiding zou kunnen geven tot het aanstellen van een deskundige door de Raad van State. Verzoekende partij zelf maakt overigens op generlei wijze in haar betoog gewag van het aanstellen van een deskundige.

In die omstandigheden kan het verweer worden aanvaard temeer omdat in het auditoraatsverslag de kritiek van verzoekende partij onder hetzelfde voorbehoud wordt verworpen en verzoekende partij in geen enkel van haar latere procedurestukken de voor haar negatieve vaststellingen in het auditoraatsverslag inhoudelijk weerspreekt. De Raad van State kan zich aansluiten bij die repliek van verwerende partij temeer verzoekende partij er in haar laatste memorie niet op terugkomt.

19. De kritiek van verzoekende partij dat de voordelen die aan de offerte van de nv Transnubel toegekend worden evenzeer voor haar offerte gelden, is evenmin aanneembaar. Deze grief lijdt aan hetzelfde euvel als haar voorgaande kritiek. Het was verwerende partij toegestaan zonder de perken van een zorgvuldige beoordeling te buiten te gaan, deze voordelen niet te onderkennen bij de offerte van verzoekende partij.

20. Wat de kritiek van verzoekende partij betreft dat gelet op het feit dat de prijzen ruim beneden de raming liggen, de prijs ten onrechte als een decisief element wordt aangezien, stelt de Raad vast dat deze kritiek feitelijke grond mist. Volgens het bestek wordt de opdracht gegund aan de inschrijver die het meest voordelige bod doet op technische, kwalitatieve en financiële vlakken. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de offerte van de nv Transnubel beter scoorde op al die vlakken.

21. Wat de schending van het gelijkheidsbeginsel betreft zoals aangevoerd in haar aanvullende memorie merkt de Raad op dat verzoekende partij niet duidelijk maakt wat het voor haar offerte onder meer op het financiële

vlak betekent dat zijzelf voor een transfertcontainer moest zorgen zodat haar belang bij dit middelonderdeel, nu alle vorige kritiek is verworpen, niet is aangetoond. Voorts wijst de Raad erop dat verzoekende partij onder meer door het plaatsbezoek in staat is gesteld met voldoende kennis van zaken wat de transfertcontainer betreft haar offerte in te dienen.

Voor zover verzoekende partij ten slotte in haar aanvullende memorie opmerkt dat zij van verwerende partij geen informatie heeft gekregen over de zogenaamde koude testen, stelt de Raad vast dat zij de repliek van verwerende partij, namelijk dat het aan de inschrijvers zelf toekwam te detailleren welke testprogramma's zij zouden uitvoeren en dat verzoekende partij niet aangeeft "welke concrete informatie de nv Transnubel ter beschikking werd gesteld waarover zij niet zou hebben beschikt", en de voor haar negatieve vaststelling in het auditoraatsverslag niet weerspreekt in haar laatste memorie en er zelfs helemaal niet op terugkomt. Ook de Raad van State ziet geen reden om de zienswijze van verwerende partij en de eerste auditeur te betwisten. Die zienswijze dan ook bijvallend, wordt het middelonderdeel verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 juni 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Bram Van Thillo **Dierk Verbiest**