RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 254.894 van 26 oktober 2022
in de zaak A. 229.112/XII-8801

In zake : de NV BAM CONTRACTORS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de NATIONALE MAATSCHAPPIJ DER BELGISCHE SPOORWEGEN (NMBS)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Daan Degrande
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 16 september 2019, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de raad van bestuur van de NMBS van 12 juli 2019 om de opdracht 'Kortrijk Stationsomgeving KOS.T0.010 Ondergrondse parking' te gunnen aan de thv Eiffage Vlaanderen en niet aan de nv BAM Contractors.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Frederick Ongena heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 juni 2022.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Daan Degrande, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit voor de bouw van een ondergrondse parking in de stationsomgeving te Kortrijk.

Zij doet daarvoor een beroep op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De prijs van de offerte is het enig gunningscriterium.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 november 2016 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 17 november 2016.

3.2. In Boekdeel III ‘Technische bepalingen’ – Farde 10 ‘Projectorganisatie en algemeenheden’ van het toepasselijk bestek wordt de opdracht als volgt omschreven:

> “10.2.3 Projecten en studies
>
> De totaliteit van het project Kortrijk stationsomgeving wordt uitgesplitst in meerdere aannemingen en evenveel studies (die verder nog kunnen opgesplitst of samengevoegd worden), meer bepaald
>
> - KOS.10: Bouw ondergrondse parking 1200 ppl, inclusief afbraak fietsenstalling en afbraak busstation.
>
> Dit behelst de afbraak van de fietsenstalling en het bestaand busstation aan de Noordzijde van de sporen.
>
> Er wordt een ondergrondse parking gebouwd van 4 niveaus op de locatie van het huidige busstation aan de noordzijde van de sporen, ter hoogte van de Tolstraat.
>
> Deze parking heeft een capaciteit van 1200 ppl.
>
> […].”

Boekdeel III ‘Technische bepalingen’– Farde 22 ‘Bodem en funderingen’ bevat de volgende, in deze zaak relevante, bepalingen:

> “22.1 Grondwerken
>
> […]
>
> 22.1.2 Uitgravingen
>
> OMVANG
>
> De uitgravingen hebben betrekking op het verwezenlijken van de bouwput, sleuven voor de op te richten bouwwerken. […]
>
> […]
>
> De uitgravingen zijn uitgesplitst in verschillende artikels naargelang de moeilijkheidsgraad van de uitgravingen en naargelang de aard van de uitgravingen:
>
> · uitgravingen in open bouwput: art. 22.1.2.1
>
> · uitgravingen ‘in stross’ in (kleihoudende) zanden of leemgronden: art. 22.1.2.2.1
>
> · uitgravingen ‘in stross’ in kleigronden: art. 22.1.2.2.2
>
> · uitgravingen onder bescherming van steunvloeistof (diepwanden): art. 22.8.12.3
>
> […]
>
> 22.1.2.1 Uitgravingen in open bouwput | VH | m³
>
> UITVOERING

De uitgravingen kunnen in open bouwput en met groot materieel uitgevoerd worden. De afmetingen van de bouwput maken het mogelijk alle werken gemakkelijk uit te voeren en te controleren.
[…]
TOEPASSING
Uitgraving van de bouwput voor de bustunnel die aansluit met deelproject KOS012.
Uitgraving bufferbekken.

22.1.2.2 Uitgravingen ‘in stross’
OMVANG
Bij de uitvoering van de ondergrondse parking in de zone begrensd tussen assen P1 en P28, worden de uitgravingen uitgevoerd in ‘stross’: dit zijn uitgravingen onder een vooraf uitgevoerde plaat. Bij de uitgraving kan men, zoals hierboven beschreven, te maken krijgen met kwelachtige omstandigheden.
Deze laatste meter(s) grond die niet volledig droog gelegd kunnen worden, [zijn] vervat in een aparte post (22.1.2.2.2).
UITVOERING
Bij de uitgravingen ‘in stross’ wordt de bodem uitgegraven onder een zelfdragende betonplaat gestort op volle grond. De vrije werkhoogte is beperkt, waardoor aangepast materieel moet ingezet worden.
Deze uitgravingen kunnen enkel met kleine voertuigen of rolbanden uitgevoerd en afgevoerd worden gezien de beperkte vrije hoogte. Alle nodige installaties zijn hier inbegrepen.
Tijdens het uitgraven, wordt de verloren bekisting van de betonplaat voorzichtig losgemaakt van het beton en alle sloopmateriaal wordt verwijderd van de werf. Na het beëindigen van alle grondwerken wordt de onderzijde van de betonplaat grondig [ge]reinigd zodat alle grondresten en bekistingsmateriaal verdwenen zijn.
Inbegrepen in de eenheidsprijs: het verwijderen van de verloren bekisting van de betonplaat en het reinigen van de onderzijde van de betonplaat.

22.1.2.2.1 Uitgravingen ‘in stross’ | VH | m³
OMVANG
In de huidige post is tevens het verwijderen van de werkvloer en folie onder de bekisting inbegrepen evenals het verwijderen van de bekisting zelf (cfr. 22.1.2.2.3 t/m 22.1.2.2.5). Deze worden echter niet gerekend. Dit gebeurt met zorg en alle elementen worden per soort gesorteerd en afgevoerd. In geen geval mogen deze in de grond vermengd raken.
[…]
TOEPASSING
Deze post omvat:
· Uitgraving onder de dakplaat;
· Uitgraving onder de busbaan en vloerplaat -1;
· Uitgraving onder vloerplaat -2;
De uitgravingen ifv het uitvoeren van de hellende busbaan worden ook ‘in stross’ gerekend aangezien deze zich gedeeltelijk onder de dakplaat bevindt.
[…]

22.8. Diepe funderingen

22.8.12 Diepwanden en baretten
Terminologie:

Diepwandmoot: Een wand van beperkte horizontale lengte, over zijn gehele lengte in één continue fase uitgegraven en gebetonneerd met de techniek van graafwerken onder bescherming van steunvloeistof.

Baret: Losse, niet aaneengesloten diepwandmoten met hoofdzakelijk een verticaal dragende functie

[…]

OMVANG

[…]

De baretten dienen als fundering voor de te bouwen constructie; de op de baret uitgeoefende verticale en horizontale belastingen en buigende momenten dienen met voldoende veiligheid en zonder merkbare zettingen op de weerstandbiedende laag overgebracht te worden.

[…]

22.8.12.3 Uitgravingen onder bescherming van steunvloeistof

OMSCHRIJVING

Omvat alle werken nodig voor het uitgraven van de diepwanden of baretten onder toevoer van steunvloeistof, inclusief het afvoeren van de uitgegraven gronden naar een stortplaats conform Vlarebo.

[…].”

Boekdeel III ‘Technische bepalingen’ – Farde 23 ‘Burgerlijke Bouwkunde’ bevat de volgende, in deze zaak relevante, bepalingen:

23.0 Algemeen

[…]

23.1 Beton

[…]

23.1.1 Ter plaatse gestort beton

[…]

23.1.2 Geprefabriceerd beton

[…]

23.1.2.1 Geprefabriceerde structuurelementen

[…]

23.1.2.1.2 Geprefabriceerde structuurelementen in gewapend beton

23.1.2.1.2.10 Geprefabriceerde structuurelementen in gewapend beton – kolommen

[…]

UITVOERING

Rondom de kolommen die geplaatst worden in de baretten, voorziet de aannemer de nodige bescherming d.m.v. een omkasting van de kolom zodat deze tijdens het plaatsen minimaal beschadigd kan worden en na plaatsing voldoet aan bovenvermeld[e] eisen voor structuurelementen uit geprefabriceerd beton. Deze omkasting wordt onderbroken ter plaatse van de aansluiting met de verschillende vloerniveaus.”

In Boekdeel II – Farde 01 ‘Administratieve bepalingen plaatsing’ van het bestek wordt bepaald dat de inschrijvers een facultatieve variante kunnen indienen, als volgt:

> “ARTIKEL 9 : Varianten
> Een facultatieve variante kan ingediend worden. Het betreft een alternatief voor de uitvoeringsmethode in stross. Er dient te worden voldaan aan de randvoorwaarden van dit bestek:
> - beperkte werfinrichtingszone
> - beperkte werftoegangen
> - uitvoering met diepwanden
> - dikte van de diepwanden kan niet vergroot worden
>
> Deze variante mag worden voorgesteld voor zover ze :
> - geen tegenstrijdigheden inhouden met het ontwerp of met de bouwvergunning en andere regelgeving (een kopie daarvan kan worden opgevraagd bij de leidend ambtenaar)
> - technisch en esthetisch minimaal evenwaardig zijn met het ontwerp; de kwalitatieve meerwaarde kan worden gedefinieerd door toepassing van gelijkheidsbeginsel volgens STS 100.2 (experimentele uitgave) ‘Leidraad evaluatie van de gelijkwaardigheid van bouwproducten in het kader van bouwprojecten’, indien van gelijkaardige producten wel attesten bestaan. De kwalitatieve meerwaarde wordt bekeken zowel wat investering betreft als het onderhoud (total life cyclekost)
> - een aanzienlijk en aantoonbaar financieel voordeel bieden in de kostprijs van de aanneming (per variante minimum 2,5% van het totaalbedrag t.o.v. de basisoplossing)
> - geen nadelige invloed hebben op de exploitatie van het spoorverkeer en het station
> - geen nadelige invloed hebben op de uitvoeringstermijn
>
> Inschrijvers die van deze mogelijkheid gebruik wensen te maken dienen voor deze variante :
> - een zo volledig mogelijk technisch dossier op te stellen dat op objectieve wijze kan worden beoordeeld door de aanbestedende overheid (plannen, rekennota’s, technische fiches, …)
> - een volledig en overzichtelijk prijsdetail bij te voegen omvattend de posten in meer en in min, zowel van bestaande posten van de meetstaat als nieuw toegevoegde posten
> - de invloed op planning, termijn en coördinatie verduidelijken
> - invloed op in te schatten externe factoren vermelden
>
> Enkel de A.O. oordeelt, ongeacht de inhoud van deze [facultatieve] variante(s), over het in aanmerking nemen ervan, of het onderhandelen erover. De A.O. kan bovendien tijdens de onderhandelingsfase, en zonder enige verbintenis, bijkomende informatie opvragen die zij nodig acht ter evaluatie.
> In geval van een toewijzing van de opdracht mét deze variante blijft de opdrachtnemer integraal verantwoordelijk voor alle, ook achteraf vastgestelde, rechtstreekse en onrechtstreekse invloeden van deze variante(s) op o.a. uitvoeringskwaliteit, detaillering, stabiliteit, wijzigingen, aanpassingen, prijs, fasering én termijn. De A.O. levert bijgevolg geen documenten af zoals beschreven in artikel 34 van de AUR.
> Andere varianten zijn niet toegelaten.”

Voorts wordt in dit Boekdeel II – Farde 01 het verloop van de onderhandelingen omschreven als volgt:

> "Artikel 108: Onderhandelingen
> De aanbestedende overheid kan, zonder hiertoe verplicht te zijn, één, de best geplaatsten of alle inschrijvers uitnodigen voor één of meerdere onderhandelingsronde(s), teneinde de offerte(s) te optimaliseren. De aanbestedende overheid kan elk van [de] onderhandelingsrondes al dan niet laten volgen door een BAFO-fase.
> De AO kan ook beslissen om meteen over te gaan tot de aanduiding van de voorkeursbieder, die op grond van de gunningcriteria de voordeligste offerte heeft ingediend.
> De AO behoudt zich het recht voor om de inschrijvers die niet worden uitgenodigd om deel te nemen aan de volgende fasen in de procedure reeds definitief uit te sluiten waarbij zij in een latere fase desgevallend nog kunnen worden uitgenodigd voor onderhandelingen en/of BAFO. De AO kan er bovendien ook voor opteren om in de loop van de onderhandelingen geen tussentijdse beslissingen te nemen.Het initiatief tot onderhandelen ligt bij de AO. De inschrijvers kunnen suggesties doen voor de onderwerpen die het voorwerp kunnen uitmaken van onderhandelingen.
> Tijdens de onderhandelingen kan de AO één of meerdere inschrijvers vragen bepaalde onderdelen van hun offerte nader uit te werken."

3.3. Zeventien kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in. Zij worden allen geselecteerd en uitgenodigd om een offerte in te dienen.

Bij de opening van de offertes op 14 mei 2018 blijkt dat acht inschrijvers tijdig een eerste offerte hebben ingediend.

Blijkens de bestreden gunningsbeslissing, onder punt '3. Evaluatie van de inschrijvingen', werden, naar aanleiding van de beoordeling van die eerste offertes, alle ingediende offertes regelmatig bevonden.

Wat de door vier inschrijvers ingediende (één of meer) facultatieve varianten betreft, werden, blijkens de gunningsbeslissing, deze varianten zorgvuldig onderzocht volgens de in het bestek beschreven voorwaarden, met als conclusie: "geen enkele facultatieve variante voldoet volledig aan de combinatie van de in het bestek beschreven voorwaarden. In de onderhandelingsfase kan [dit] verder uitgeklaard worden". De analyse van elk van

deze varianten blijkt uit een verslag ‘nazicht varianten – enkel voor intern gebruik’, opgesteld op 17 mei 2018.

3.4. De verwerende partij beslist vervolgens het ontwerp van de ondergrondse parking te vereenvoudigen.

Met een brief van 12 juni 2018 worden de inschrijvers ervan op de hoogte gebracht dat bouwlaag - 4 van de parking niet zal worden uitgevoerd en dat het aantal parkeerplaatsen wordt verminderd van 1200 tot 900. In de brief wordt tevens vermeld:

> “Administratief
> Boekdeel II – farde 01 art 9: variante
> Conform artikel 9 bevestigen wij u dat enkel een variante als alternatief voor de uitvoeringsmethode in stross kan worden ingediend. Andere varianten worden niet aanvaard en zullen door het bestuur niet onderzocht worden.”

De inschrijvers worden uitgenodigd om een tweede offerte in te dienen, rekening houdend met het gewijzigde voorwerp van de opdracht en de gevraagde toelichtingen, verantwoordingen en inlichtingen.

3.5. Alle acht inschrijvers dienen tijdig een tweede offerte in. Drie inschrijvers maken gebruik van de mogelijkheid om een facultatieve variante aan te bieden.

Slechts één van deze drie inschrijvers – de thv Eiffage Vlaanderen – biedt, volgens de verwerende partij, varianten aan die een financieel voordeel bieden ten opzichte van de laagste basisofferte. Met een brief van 5 september 2018 wordt deze inschrijver verzocht een aantal technische, financiële en planmatige aspecten van deze varianten te verduidelijken.

Op grond van deze verduidelijkingen, verstrekt bij brief van 14 september 2018, beslist de verwerende partij dat een aantal voorstellen van

varianten van deze inschrijver aanvaardbaar zijn en dat zij in de volgende fase van de onderhandelingen verder onderzocht kunnen worden.

3.6. Met een brief van 19 oktober 2018 deelt de verwerende partij aan de inschrijvers mee dat het aanbestedingsdossier herwerkt is in functie van het vervallen van de vierde ondergrondse bouwlaag, met aangepaste plannen en een aangepaste samenvattende opmeting tot gevolg. De inschrijvers worden uitgenodigd om uiterlijk op 30 november 2018 een verbeterde offerte in te dienen. Aan de inschrijvers die eerder varianten hadden voorgesteld worden de opmerkingen op die voorstellen meegedeeld.

3.7. Zeven van de acht inschrijvers dienen een derde offerte in. Dezelfde drie van deze inschrijvers maken gebruik van de mogelijkheid om een facultatieve variante in te dienen. Blijkens het dossier biedt de thv Eiffage Vlaanderen nog maar één variante aan, namelijk “Variante 1: Strossuitgraving – PIRS i.p.v. funderingsbaretten”.

Blijkens het dossier besluit de verwerende partij, na analyse van de ingediende facultatieve varianten, aangezien het totaalbedrag van de variante offerte van de thv Eiffage Vlaanderen het meest gunstige is en zij geen fundamenteel technische opmerkingen op de voorgestelde uitvoeringswijze heeft, om in eerste instantie verder te onderhandelen met deze inschrijver om het voorstel nog meer in detail te analyseren en bespreken. Die onderhandelingen vinden plaats in de loop van december 2018.

3.8. Met een brief van 21 januari 2019 nodigt de verwerende partij de drie best gerangschikte inschrijvers voor de basisofferte uit om hun ‘best and final offer’ (BAFO) in te dienen. Enkel de verzoekende partij dient een BAFO voor de basisofferte in.

Met een brief van dezelfde datum nodigt de verwerende partij de thv Eiffage Vlaanderen uit een BAFO in te dienen voor de variante uitvoering

zoals voorgesteld op 30 november 2018. Op 31 januari 2019 dient deze inschrijver een dergelijke BAFO in.

3.9. Blijkens het “beoordelingsverslag” is het totale bedrag van de variante uitvoering van de thv Eiffage Vlaanderen “het meest gunstige” en voldoet deze inschrijving aan alle door het bestuur opgelegde voorwaarden. Er wordt voorgesteld de opdracht aan de thv Eiffage Vlaanderen te gunnen voor de variante uitvoering, voor een totale prijs van 27.668.728,66 euro (excl. btw).

Op 12 juli 2019 keurt de raad van bestuur van de NMBS het verslag goed. Het verslag wordt daarmee de zogenaamde “gemotiveerde gunningsbeslissing”. Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5 van de wet van 15 (lees: 17) juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, de artikelen 2, § 1, 11°, 9 en 106 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2012), het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en de formelemotiveringsplicht.

De verzoekende partij licht toe dat zowel uit artikel 9 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2012 als uit de verplichting de inschrijvers op een gelijke wijze te behandelen, volgt dat een facultatieve variante die niet overeenstemt met de voorschriften inzake voorwerp, aard en draagwijdte zoals in de opdrachtdocumenten omschreven, onregelmatig is en in principe moet worden geweerd.

Concreet stelt de verzoekende partij dat uit artikel 9 ‘Varianten’ van het bestek en de brief van de verwerende partij van 12 juni 2018 waarin zij stelt: “Conform artikel 9 bevestigen wij u dat enkel een variante als alternatief voor de uitvoeringsmethode in stross kan worden ingediend”, blijkt dat met de voorgestelde facultatieve variante werd beoogd een alternatief te verkrijgen voor de uitvoeringsmethode “in stross”, en de aan te bieden variante met andere woorden niet mocht voorzien in een uitvoeringsmethode “in stross”. Indien dit wel de bedoeling was geweest, had dit op die manier in het bestek moeten zijn vermeld.

De in het bestek genoemde randvoorwaarden met betrekking tot de facultatieve variante verhinderen geenszins een alternatieve methode van werken, anders dan een uitvoering “in stross”. Bijgevolg kan de verwerende partij deze randvoorwaarden niet aanwenden om haar lezing te verdedigen.

De verzoekende partij besluit dat de offerte met variante ingediend door de thv Eiffage Vlaanderen ten onrechte werd aanvaard omdat deze variante nog steeds in een uitvoeringsmethode “in stross” voorziet, terwijl volgens haar een variante als alternatief voor de uitvoeringsmethode “in stross” diende te worden ingediend. De verwerende partij heeft haar eigen bestekbepalingen niet gevolgd zodat sprake is van een schending van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*. Voorts ging de verzoekende partij er (terecht) van uit dat zij zich diende te houden aan de inhoud van het bestek en de beperkingen die waren vooropgesteld wat de facultatieve variante betreft, zodat ook de gelijkheid van de inschrijvers is geschonden. Ten slotte wordt in de bestreden beslissing niet gemotiveerd waarom de aangeboden variante van de thv Eiffage Vlaanderen alsnog mocht worden aanvaard, zodat ook de formelemotiveringsplicht is geschonden.

5. In de memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij de door de verwerende partij ontwikkelde argumentatie over het onderscheid tussen “techniek” (de uitvoering “in stross”) en “uitvoeringsmethode” (het gebruik van funderingsbaretten) en stelt zij vast dat deze termen doorheen het bestek niet

zo consequent worden gehanteerd als de verwerende partij wil doen uitschijnen. De lezing die de verwerende partij aldus aan artikel 9 van het bestek geeft, staat volgens haar haaks op de tekst ervan waarin elke verwijzing naar funderingsbaretten ontbreekt en waarin ook niet wordt vermeld dat “een facultatieve variante nog steeds de uitvoeringsmethode in stross diende te omvatten”.

De verzoekende partij wijst er voorts op dat de verwerende partij niet aantoont dat er werkelijk een “voorafgaande studiefase” heeft plaatsgevonden waaruit zou moeten blijken dat het niet de bedoeling is geweest om de uitvoering “in stross” te verlaten maar dat integendeel deze uitvoering het meest aangewezen was. Daarnaast blijkt uit niets dat de andere varianten die de verwerende partij beweerdelijk heeft onderzocht, niet in aanmerking zouden kunnen komen als facultatieve variante binnen de randvoorwaarden gesteld in artikel 9 van het bestek. Die argumentatie wordt ook tegengesproken door het feit, zoals de verwerende partij in de memorie van antwoord zelf erkent en bevestigt, dat twee inschrijvers een variante hebben aangeboden die niet in een uitvoering “in stross” voorziet, deze dus geheel verlaat, en waarbij deze wel voldoet aan de randvoorwaarden zoals vooropgesteld door artikel 9 van het bestek. Zij waren, zoals de verzoekende partij, de mening toegedaan dat een alternatief voor de uitvoering “in stross” moest worden aangeboden, waarbij de uitvoering “in stross” in het geheel werd verlaten.

Volgens de verzoekende partij toont de verwerende partij niet concreet aan dat uit het geheel van de bestekbepalingen zou blijken dat een uitvoering “in stross” “zo goed als onvermijdelijk” werd geacht. De brief van de verwerende partij van 6 september 2019 daterend van na de gunningsbeslissing is het eerste en enige schrijven waarin de verwerende partij stelt dat “in het bestek […] nergens [wordt] gevraagd om af te stappen van de uitvoering in stross, integendeel worden strikte voorwaarden opgelegd waardoor een uitvoering zonder uitgraving in stross zeer moeilijk wordt”.

Het gegeven dat er meerdere inschrijvers zouden zijn die een variante hebben aangeboden waarbij de uitvoering “in stross” behouden bleef, kan volgens de verzoekende partij niet tot gevolg hebben dat de duidelijke voorwaarde voor het indienen van een variante – geen uitvoering “in stross” – genegeerd zou moeten worden. De verwerende partij erkent bovendien dat twee andere inschrijvers de interpretatie van de verzoekende partij blijken te delen, zodat het opmerkelijk is dat zij hier bevestigt dat de variante waarbij de uitvoering “in stross” volledig wordt verlaten, wél kon worden ingediend. Dit staat haaks op haar eerdere argumentatie.

6. In haar laatste memorie – na een voor haar ongunstig uitvallend auditoraatsverslag – blijft de verzoekende partij erbij dat duidelijk uit de samenlezing van artikel 9 van het bestek en de brief van de verwerende partij van 12 juni 2018 blijkt dat de variante een “alternatief” beoogt voor de uitvoeringsmethode “in stross”. De bewoordingen in deze brief zijn licht aangepast ten opzichte van het bestek nu wordt gesteld dat enkel een variante “als” alternatief voor de uitvoeringsmethode “in stross” kan worden ingediend.

Voorts benadrukt de verzoekende partij dat, niettegenstaande nog een andere inschrijver varianten heeft ingediend die nog voorzien in een uitvoeringsmethode “in stross”, er minstens twee andere inschrijvers zijn die, zoals de verzoekende partij, “het bestek eveneens op zulke wijze hebben gelezen dat een variante enkel mocht worden aangeboden als een alternatief voor de uitvoering in stross, te weten dat er dus afgestapt wordt van de uitvoering in stross”.

De verzoekende partij herhaalt dat indien de verwerende partij zou bedoeld hebben dat de variante betrekking kon hebben op “de uitvoeringsmethode voor de stross-techniek”, zij dit zo had moeten opnemen in de opdrachtdocumenten, in de zin dat een alternatief voor het gebruik van funderingsbaretten kon worden aangeboden.

Beoordeling

7. Om een bestekbepaling te interpreteren, dient rekening te worden gehouden met het geheel van de bestekbepalingen. Voorts kunnen, zoals de verwerende partij aangeeft, een consequente interpretatie door de aanbestedende overheid en de wijze waarop de andere inschrijvers de relevante bestekbepalingen hebben geïnterpreteerd, bij de beoordeling worden betrokken.

Uit artikel 9 van het bestek volgt dat een facultatieve variante kan worden ingediend als “alternatief voor de uitvoeringsmethode in stross”, en dat andere varianten niet zijn toegelaten.

De verzoekende partij voert in wezen aan dat uit die bepaling dient te worden afgeleid dat enkel een variante anders dan een uitvoering “in stross” is toegelaten, met uitsluiting van een variante die nog steeds binnen het kader van een uitvoering “in stross” blijft.

Geen van de partijen betwist dat de offerte van de thv Eiffage Vlaanderen in een facultatieve variante voorziet waarbij in plaats van baretten met geprefabriceerde kolommen, geïnjecteerde boorpalen – of zogenaamde “PIRS”-palen – worden gebruikt, en dat die offerte bijgevolg een variante voorstelt waarbij de uitvoeringsmethode “in stross” niet integraal wordt verlaten.

8. Blijkens de technische bestekbepalingen, zoals weergegeven *sub* 3.2, wordt een uitvoering “in stross” voorzien voor de uitgravingen “onder de dakplaat”, “onder de busbaan en vloerplaat -1”, “onder vloerplaat -2”, en deze “ifv het uitvoeren van de hellende busbaan […] aangezien deze zich gedeeltelijk onder de dakplaat bevindt”. Bij de uitgravingen “in stross” wordt de bodem uitgegraven onder een zelfdragende betonplaat gestort op volle grond (artikel 22.1.2.2). Voor “de bustunnel die aansluit met deelproject KOS012” en het “bufferbekken” wordt een uitgraving van de bouwput voorzien (artikel 22.1.2.1). Daarnaast worden ook nog “[u]itgravingen onder bescherming van steunvloeistof” voorzien, voor het

uitgraven van de diepwanden en baretten onder toevoer van steunvloeistof (artikel 22.8.12.3) en worden in de baretten “[g]eprefabriceerde structuurelementen in gewapend beton – kolommen” (artikel 23.1.2.1.2.10) geplaatst.

Uit deze bestekbepalingen en uit de ingediende offertes blijkt dat met het gebruik van de “stross”-methode of -techniek – daargelaten of aan de termen “methode” en “techniek” al dan niet een verschillende betekenis moet worden gegeven – niet enkel de uitgravingen onder een zelfdragende betonplaat op zich worden bedoeld, maar het geheel van de werkzaamheden waarbij eerst diepwanden en baretten worden “uitgegraven en gebetonneerd met de techniek van graafwerken onder bescherming van steunvloeistof” (artikel 22.8.12 van het bestek), waarin geprefabriceerde structuurelementen in gewapend beton (kolommen) worden geplaatst (artikel 23.1.2.1.2.10 van het bestek), en waarna een dakplaat wordt gestort op de wanden en de kolommen, om nadien, telkens per verdieping, de grond uit te graven onder de betonplaat, en een vloerplaat te gieten. De kolommen worden met andere woorden geïntegreerd met de dakplaat en de tussenvloeren tijdens de uitgraving “in stross”.

9. Artikel 9 ‘Varianten’ van het bestek laat toe dat de inschrijvers een facultatieve variante indienen “voor de uitvoeringsmethode in stross”. Het bestek beschrijft de randvoorwaarden waaraan een dergelijke variante moet voldoen om te kunnen worden aanvaard, namelijk “beperkte werfinrichtingszone”, “beperkte werftoegangen”, “uitvoering met diepwanden”, en “dikte van de diepwanden kan niet vergroot worden”. Daarnaast wordt gesteld dat deze varianten mogen worden voorgesteld voor zover ze geen tegenstrijdigheden inhouden met het ontwerp of met de bouwvergunning en andere regelgeving, technisch en esthetisch minimaal evenwaardig zijn, een aanzienlijk en aantoonbaar financieel voordeel bieden in de kostprijs van de aanneming, geen nadelige invloed hebben op de exploitatie van het spoorverkeer en het station, en geen nadelige invloed hebben op de uitvoeringstermijn.

10. De verwerende partij wijst er terecht op dat met deze randvoorwaarden eisen worden opgelegd waaraan “een alternatief voor de uitvoeringsmethode in stross”, zoals uitgewerkt in het bestek (basisontwerp) moet voldoen, doch dat niet uitdrukkelijk is opgenomen dat de integrale uitvoeringsmethode “in stross” moet worden vervangen. Zij maakt ook aannemelijk dat een uitvoering met een open bouwput, als alternatief voor de uitvoering “in stross”, in het licht van die randvoorwaarden moeilijk haalbaar is, maar ook niet uitgesloten. Ook uit het feit dat als randvoorwaarde voor de voorgestelde variante onder meer wordt vereist dat de variante uitvoering nog steeds moet gebeuren met diepwanden en de dikte van de diepwanden niet kan worden vergroot, mag (*a contrario*) worden afgeleid dat in een voorgestelde variante op een uitvoeringsmethode “in stross” kan worden afgeweken van de in het bestek vooropgestelde basisuitvoering met geprefabiceerde betonkolommen.

In dit licht toont de verzoekende partij niet aan dat de door de verwerende partij verdedigde interpretatie van artikel 9 van het bestek met de tekst ervan onverenigbaar zou zijn. De aanbestedende overheid kon integendeel, zoals de verwerende partij heeft gedaan, zowel een alternatief aanvaarden waarbij de uitvoeringsmethode “in stross” in haar geheel wordt verlaten, als een alternatief waarbij wel nog binnen de uitvoeringsmethode “in stross” wordt gebleven maar met varianten voor deelaspecten ervan.

11. Uit de voorstellen van facultatieve varianten bij de eerste offertes van vier van de inschrijvers en uit het verslag ‘nazicht varianten – enkel voor intern gebruik’ opgesteld op 17 mei 2018, stukken die als vertrouwelijk werden neergelegd maar waarop de Raad van State acht mag slaan, blijkt dat deze varianten zowel een alternatief vormen voor de uitvoeringsmethode in haar geheel (uitvoering in open bouwput en prefab), als een alternatief in het kader van de uitvoeringsmethode “in stross” (zoals uitgraven in open bouwput beperkt tot vloerplaat -1, realisatie van kolommen *in situ* in plaats van prefab, en de door de gekozen inschrijver voorgestelde “[F]underingspalen met na-injectie PIRS als variante voor de baretten”), en dat de verwerende partij bij elk van die varianten

weliswaar vragen stelt in het licht van de randvoorwaarden bepaald in artikel 9 van het bestek, maar zonder dat bepaalde varianten *a priori* worden uitgesloten omdat ze niet zouden kunnen worden beschouwd als een "alternatief voor de uitvoeringsmethode in stross".

Hetzelfde blijkt uit de – eveneens als vertrouwelijk neergelegde – voorstellen van facultatieve varianten gevoegd door drie (van de voormelde vier) inschrijvers bij hun tweede en derde offerte. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de varianten aangeboden door de twee andere inschrijvers niet werden afgewezen omdat ze niet zouden voldoen aan de in artikel 9 van het bestek vermelde randvoorwaarden aangaande onder meer de beperkte werfinrichtings-zone en werftoegangen, maar omdat ze – anders dan deze aangeboden door de thv Eiffage Vlaanderen – niet voldoen aan de andere vereiste gesteld in artikel 9, namelijk een aanzienlijk en aantoonbaar financieel voordeel bieden in de kostprijs van de aanneming. Het is enkel om die laatste reden dat een "verdere bespreking met de betrokken inschrijvers niet relevant" werd geacht. Na een evaluatie van de op 30 november 2018 ingediende derde offertes en voorgestelde facultatieve varianten stelt de verwerende partij vast dat het totale bedrag van de offerte van de thv Eiffage Vlaanderen voor de variante uitvoering het meest gunstige was, zodat een nader onderzoek van de overige varianten zich niet meer opdrong.

Hieruit volgt dat zowel de verwerende partij als minstens één andere inschrijver, naast de gekozen inschrijver, uitgingen van eenzelfde interpretatie van artikel 9 van het bestek. Uit het gegeven dat twee andere inschrijvers een variante hebben voorgesteld die wel een alternatief vormt voor de uitvoeringsmethode "in stross" in haar geheel, en die de verwerende partij overigens ook in aanmerking heeft genomen, volgt niet, zoals de verzoekende partij betoogt, dat die inschrijvers van oordeel waren dat voormelde interpretatie strijdig zou zijn met het bestek.

12. Uit hetgeen voorafgaat, volgt dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de verwerende partij een facultatieve variante heeft

aanvaard die niet zou overeenstemmen met de voorschriften inzake voorwerp, aard en draagwijdte zoals in de opdrachtdocumenten omschreven, noch dat zij de andere aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

13. Het enig middel is ongegrond.

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 een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zesentwintig oktober tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Bert Thys,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Paul Lemmens**