

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 263.714 van 24 juni 2025
in de zaak A. 244.969/XIV-39.812**

In zake: de BV B.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kristof Uytterhoeven en Stephanie Moras
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Potvlietlaan 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Jade Leenaert
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 juni 2025, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 15 mei 2025 van het Agentschap Wegen en Verkeer waarbij de opdracht voor ‘Verwijderen van asbesthoudende platen in tunnel ’t Zand’ [...] wordt gegund aan [de nv V.S.] en de impliciete beslissing tot niet-gunning van de opdracht aan verzoekende partij”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking van 4 juni 2025 werd, in samenspraak met het aangeduide lid van het auditoraat, de procedurekalender vastgesteld.

De verwerende partij heeft een nota met opmerkingen en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 juni 2025, om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Stephanie Moras en Antoon Heeren, die verschijnen voor de verzoekende partij en advocaat Jade Leenaert, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 met als voorwerp ‘Verwijderen van asbesthoudende platen in tunnel ’t Zand’.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt. Er wordt gekozen voor de openbare procedure.

3.2. In het bestek, dat op de opdracht van toepassing is, worden de volgende gunningscriteria vastgesteld:

- Het inschrijvingsbedrag/het rangschikkingsbedrag (60 punten)
- Plan van aanpak (15 punten)

- Totale uitvoeringstermijn (5 punten)
- Termijn voor het afsluiten van de weg voor doorgaand verkeer (20 punten)

De bepaling betreffende het criterium ‘Plan van aanpak’ luidt:

“Criterium 2: plan van aanpak (15 punten)

Het plan van aanpak heeft tot doel de aanbesteder in staat te stellen de offerte van de inschrijver te beoordelen op enerzijds zijn inzicht in de concrete opdracht en haar verschillende onderdelen en anderzijds de wijze waarop de inschrijver aan de in de vraagspecificatie gestelde eisen zal voldoen.

Uit het plan van aanpak moet namelijk blijken dat de inschrijver op een efficiënte doch realistische en samenhangende wijze inzicht heeft in de manier waarop hij de opdracht zal uitvoeren en/of de te volgen methodologie, technieken en werkwijze die zullen worden gehanteerd, die een goede kwaliteitsvolle uitoefening van de opdracht zullen waarborgen.

Het plan van aanpak maakt integraal deel uit van de offerte die de opdrachtnemer bijgevolg bij de uitvoering steeds moet volgen.

Binnen het gunningscriterium ‘plan van aanpak’ worden drie subgunningscriteria onderscheiden: team, veiligheid en minder hinder en planning.

1. Team:

[...]

2. Veiligheid:

Enerzijds beschrijft de inschrijver hoe hij zich aan de veiligheidsaspecten voor werken met ongebonden asbest in hermetisch afgesloten zone zal houden en anderzijds beschrijft hij hoe hij rekening zal houden met verkeersveiligheid en incidenten die kunnen optreden.

De inschrijver dient aan te tonen welke de mogelijke risico's zijn verbonden aan de uitvoering van de opdracht en hoe er mee zal worden omgegaan. Dit gaat onder meer om de organisatorische, bouwkundige, ecologische, veiligheids-, en verkeersaspecten van de opdracht zonder dat de opdrachtnemer zich hiertoe dient te beperken. De inschrijver stelt een risicoregister op met alle mogelijke risico's die hij percipieert en welke beheersmaatregelen hij zal nemen.

[...]

3. Minder hinder en planning:

De inschrijver moet aantonen dat de werking van de dienst zo weinig mogelijk in het gedrang komt tijdens de uitvoering van de werken. Uit de offerte zal moeten blijken a.d.h.v. welke concrete maatregelen men de hinder voor de openbare dienst gaat beperken, welke alternatieven men kan bieden om de hinder te beperken, de termijn waarbij er onvermijdbare hinder is voor de openbare dienst, hoe hij de communicatie over de hinder zal organiseren. Dit gebeurt met de nodige argumentering/verantwoording (bijv. *good practices*, ervaring uit het verleden met bepaalde maatregelen...) en beschrijving van de fasering.

Het is enerzijds belangrijk dat de ondergrondse parking altijd kan gebruikt worden, waarbij telkens een aantal ingangen en uitgangen open blijven.

Het is anderzijds noodzakelijk om de continuïteit van het verkeer maximaal te behouden. Voor de werken in de eigenlijke verkeerskoker geldt een strikte uitvoeringstermijn.

De inschrijver voegt bij zijn offerte een gedetailleerd plan van aanpak met bijhorende planning voor de uitvoering van de werken waaruit dient te blijken dat de in het bestek opgelegde uitvoeringstermijn haalbaar is.

[...].”

In de technische voorschriften van het bestek zijn de volgende bepalingen in deze zaak relevant:

“6 ASBESTVERWIJDERING

6.1 Asbestverwijdering in hermetische zone

6.1.1 Voorwerp van de opdracht

De tunnel onder ‘t Zand ligt op de R30 te Brugge en maakt deel uit van een belangrijke verbindingsweg. Deze tunnel geeft ook toegang tot een ondergrondse parking. Er zijn in- en uitgangen in de koker voor het doorgaand verkeer en ook in de parallelle koker. De toegang tot de parking in het midden van de parallelle koker ligt onder de koker voor doorgaand verkeer. [...]

[...]

In deze tunnel hangen oude asbesthoudende panelen, waarvan een aantal in slechte staat zijn.

Deze opdracht heeft als voorwerp het verwijderen en afvoeren van alle asbesthoudende panelen. De asbestpanelen bevatten ongebonden asbest. De platen van de leidingenkoker bevatten amosiet. De werken dienen in zone te gebeuren om asbestcontaminatie te vermijden.

De werkzone bestaat uit de eigenlijke verkeerskoker en een parallelle koker die toegang geeft tot de parking. Een magazijn dat uitgaat op de verkeerskoker is inbegrepen.

De technische ruimtes en de parking zijn niet inbegrepen in de werkzone.

De parking moet gedurende de werken steeds bereikbaar zijn en de eigenlijke verkeerskoker mag slechts minimaal afgesloten worden voor het doorgaand verkeer. Hiervoor zal er 7 dagen op 7, 24 uur op 24 moeten gewerkt worden met verschillende ploegen.

[...]

6.1.2 Verwijderen van asbesthoudende wandpanelen

De werken omvatten het verwijderen en afvoeren naar een erkende stortplaats of verwerkingsbedrijf, van alle asbesthoudende panelen in de volledige tunnel. De profielen waarop de wandpanelen bevestigd zijn, worden niet verwijderd.

De werken worden uitgevoerd in hermetische zone en niet met de techniek der eenvoudige handelingen.

De inschrijver schat de uitvoeringsmoeilijkheden in tijdens het plaatsbezoek.

[...]

Het is de verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer om de benodigde dossiers, werkplannen, wettelijke meldingen en risico analyses voldoende tijdig en volgens de wettelijke verplichten op te maken en voor te leggen aan de bevoegde instanties.

De inschrijving dient een gedetailleerd werkplan te bevatten met garantie dat dit ook wordt toegepast. Indien blijkt dat bij uitvoering deze werkwijze niet aanvaard wordt, dient het werkplan aangepast te worden, echter zonder aanpassing van de inschrijvingsprijzen. De definitieve keuze van de toe te passen technieken en werkwijze gebeurt in overleg met de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, met de preventieadviseur en de tunnelveiligheidsbeambte en moet goedgekeurd worden door de arbeidsinspectie.

Het is de verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer om na te gaan hoe de hermetische zones best opgebouwd worden en hoe groot ze moeten zijn. Hij maakt zelf een voorstel op voor sassen en doucheruimte. Waar het verkeer in de nabijheid van een hermetische zone komt, moet een bijkomende fysieke scheiding geplaatst worden om te vermijden dat een wagen de afscheiding van de hermetische zone kan beschadigen.

De aanbesteder hecht vooral belang aan een oplossing met zo weinig mogelijk hinder voor het verkeer. Hiervoor wordt hieronder een mogelijke fasering voorgesteld.

De parking zal in gebruik blijven en moet altijd buiten de hermetische zone vallen. De in- en uitritten van de parking moeten hermetisch afgesloten worden aan de werkzones.

De technische ruimte moet ten allen tijde toegankelijk blijven voor personeel van AWW. In deze ruimte worden immers de pompen en hoogspanning bediend.

[...]

6.1.2.1 Verwijderen van asbesthoudende wandpanelen in parallelle koker

Bij de keuze van de werkmethode moet rekening gehouden worden met de beperkte hoogte aan de toegangen van de parallelle koker die de aanvoer van sommige materieel kan uitsluiten.

[...]

6.1.2.2 Verwijderen van asbesthoudende wandpanelen in de eigenlijke verkeerskoker voor doorgaand verkeer

De hinder voor het verkeer moet zoveel mogelijk beperkt worden, daar deze verkeerskoker deel uitmaakt van de ring rond Brugge.

6.1.3 Sanering van het magazijn

Het magazijn dat ongeveer 20m x 10m groot is en even hoog als de tunnelkoker, werd gebruikt voor stockage van oude lampen en oude en beschadigde platen. [...] Het magazijn moet leeggemaakt worden en gereinigd.

Het magazijn situeert zich bovenaan in de parallelle koker en is toegankelijk vanuit de eigenlijke verkeerskoker voor doorgaand verkeer.

[...]

6.1.4 Verwijderen van technische installatie en veiligheidsuitrusting

[...]

6.1.5 Terugplaatsen van technische installatie en verwijderde veiligheidsuitrusting

[...]

6.1.6 Nog uit te voeren onderzoeken

[...]

6.2 Fasering

Het is de verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer om na te gaan hoe de hermetische zones best opgebouwd worden en hoe groot ze moeten zijn. Hij maakt zelf een voorstel op voor sassen en doucheruimte.

De aanbesteder hecht vooral belang aan een oplossing met zo weinig mogelijk hinder voor het verkeer. De veiligheid van de asbestverwijderaars en het verkeer mag hiervoor niet uit het oog verloren worden. Het rijden naast een hermetische zone wordt zoveel mogelijk beperkt en de verschillende verkeersstromen moeten voldoende gescheiden blijven om conflicten te vermijden. Hiervoor wordt hieronder een mogelijke ruwe fasering voorgesteld, die nog verder kan opgedeeld worden. De opdrachtnemer kan ook een ander voorstel doen, indien dit tijdswinst kan opleveren. De parking zal altijd in gebruik blijven. De in- en uitritten van de parking kunnen in functie van de werkzone afwisselend worden afgesloten.

De technische ruimte moet ten allen tijde toegankelijk blijven voor personeel van AWW. In deze ruimte worden immers de pompen en hoogspanning bediend.

Het doorgaand verkeer wordt zo kort mogelijk beperkt.

6.2.1 Voorstel met 3 fases

Fase 1: De werken in de parallelle koker worden uitgevoerd terwijl het doorgaand verkeer de tunnel kan gebruiken. Er wordt een kort sas voorzien om veilig naar de technische ruimte te kunnen. Een bijkomende fysieke scheiding moet geplaatst worden aan ingang 1 en uitgang 2 om te vermijden dat een wagen de afscheiding van de hermetische zone kan beschadigen. De parking kan gebruikt worden via ingang 2 en 3 en uitgang 1.

[...]

Fase 2: De tunnel is gesloten voor doorgaand verkeer. De parking kan gebruikt worden via ingang 1 en 3 en uitgang 1. Deze fase moet zo kort mogelijk gehouden worden.

[...]

Fase 3: De tunnel is gesloten voor doorgaand verkeer. De parking kan gebruikt worden via ingang 2 en 3 en uitgang 2. Deze fase moet zo kort mogelijk gehouden worden.

[...]

6.2.2 Voorstel met 2 fases

Fase 1: De tunnel is gesloten voor doorgaand verkeer. De parking kan gebruikt worden via ingang 3 en uitgang 1. Er wordt een sas voorzien om veilig naar de technische ruimte te kunnen. Een bijkomende fysieke scheiding moet geplaatst worden aan ingang 1 om te vermijden dat een wagen de afscheiding van de hermetische zone kan beschadigen. Deze fase moet zo kort mogelijk gehouden worden.

[...]

Fase 2: De tunnel is gesloten voor doorgaand verkeer. De parking kan gebruikt worden via ingang 2 en 3 en uitgang 2. Deze fase moet zo kort mogelijk gehouden worden.”

3.3. Drie ondernemingen, waaronder de verzoekende partij, dienen een offerte in.

3.4. Op 10 april 2025 wordt een ‘gunningsverslag met gemotiveerde gunningsbeslissing’ opgesteld.

Punt 4 ‘Regelmatigheid van de offertes (art. 83 Wet Overheidsopdrachten en art. 76 KB Plaatsing) luidt:

“4.1 Rangschikking na selectie

[...]

4.2 Technische conformiteit

Volgende onregelmatigheden werden vastgesteld:

De aanbesteder hecht veel belang aan veiligheid. Daarom wordt ‘Veiligheid’ apart beoordeeld in de gunningscriteria, wordt gevraagd een werkplan op te maken en staan er veiligheidseisen in het bestek. Onder andere het volgende staat beschreven in het bestek, 6.2. Fasering:

‘De aanbesteder hecht vooral belang aan een oplossing met zo weinig mogelijk hinder voor het verkeer. De veiligheid van de asbestverwijderaars en het verkeer mag hiervoor niet uit het oog verloren worden. Het rijden naast een hermetische zone wordt zoveel mogelijk beperkt en de verschillende verkeersstromen moeten voldoende gescheiden blijven om conflicten te vermijden. Hiervoor wordt hieronder een mogelijke ruwe fasering voorgesteld, die nog verder kan opgedeeld worden.’

Alsook: ‘De technische ruimte moet ten allen tijde toegankelijk blijven voor personeel van AWV. In deze ruimte worden immers de pompen en hoogspanning bediend.’

De aanbesteder heeft deze beperkingen opgelegd omdat, buiten het risico dat gecreëerd wordt door drukverschil tussen aerodynamische effecten en de onderdruk in de hermetische zone, er vooral de risico's zijn op aanrijdingen die niet kunnen uitgesloten worden (zie de bestaande schade aan de wanden) en de moeilijke toegang voor hulpdiensten bij een incident. Aanrijdingen zijn niet alleen een risico voor het personeel van de aannemer dat het verkeer niet ziet, maar ook voor het verspreiden van de asbestvezels in de hele tunnel als gevolg van eventuele beschadiging van de luchtdichte folie. Ook bij brand als gevolg van een aanrijding, zullen deze risico's toenemen. Deze risico's zijn aanzienlijk hoger indien het verkeer in de tunnel en naast de hermetische zone niet als zodanig wordt beperkt.

Het gegeven dat het rijden naast een hermetische zone zoveel als mogelijk wordt beperkt, betreft aldus een minimale eis uit het bestek.

[De bv B.] organiseert zijn werken zodanig dat er verkeer over de volledige lengte van de tunnel naast hun werkzone en naast de hermetische zone zal rijden. Zelfs wanneer in de parallelle koker gewerkt wordt, moet het verkeer naast de hermetische zone rijden, waardoor die fase nog langer duurt. In het voorbeeld dat in het bestek werd uitgewerkt, werd het rijden naast de hermetische zones tot slechts enkele meters beperkt en was er ook een grotere afstand tot die zone. Daarom concludeert de aanbesteder dat het rijden naast een hermetische zone niet zoveel mogelijk beperkt wordt. Er wordt aldus in het geheel geen rekening gehouden met de vereiste van het zoveel als mogelijk beperken van het verkeer langs de hermetische zone.

De toegang tot het dienstlokaal lijkt bovendien binnen de hermetische zone van de eerste fase te liggen en zou bijgevolg onbereikbaar zijn voor het personeel van AWW. De toegankelijkheid van het technisch lokaal is echter eveneens een belangrijke vereiste uit het bijzonder bestek en i.f.v. de uitvoering. [De bv B.] voldoet dus niet aan de minimale vereiste van het bestek betreffende de opgelegde veiligheidsmaatregelen.

[...]

[De nv V.A.] voldoet bijgevolg niet aan de minimale vereiste van het bestek betreffende de opgelegde veiligheidsmaatregelen.

De offertes van betrokken inschrijvers houden aldus geen rekening met een minimale, technische en belangrijke vereiste in context van de verkeersveiligheid uit het bijzonder bestek WA/INV/ZAN/1/U1. Bijgevolg worden de offertes van [de bv B. en de nv V.A.] beschouwd als substantieel onregelmatig en dit op basis van art. 76 §1, lid 4, 3° KB Plaatsing.”

3.5. De verwerende partij beslist op 15 mei 2025 om de opdracht te gunnen aan de nv V.S.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

4. De verwerende partij vraagt om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door haar neergelegde stukken die zij in de inventaris als vertrouwelijk aanduidt en waarbij zij de redenen opgeeft waarom zij om die vertrouwelijke behandeling vraagt.

Er zijn geen gronden aangevoerd door de partijen om het aangevoerde vertrouwelijk karakter ervan, althans in deze fase van het geding, te

lichten. De Raad van State mag overigens deze stukken in zijn beoordeling betrekken.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1, 5 en 6, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel waarvan het onderzoek zich leent voor een versnelde behandeling of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016) “en het daarin vervatte gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel”, artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017), het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het *patere legem*-beginsel, het materiële motiveringsbeginsel en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991).

Zij licht toe dat uit de motivering in het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij op grond van de volgende redenen tot het besluit komt dat haar offerte substantieel onregelmatig is: (1) het verkeer rijdt over de volledige

lengte van de tunnel naast de werkzone en naast de hermetische zone, terwijl in het bestek werd verzocht om dit zoveel mogelijk te beperken, en (2) de toegang tot het dienstlokaal lijkt binnen de hermetische zone van de eerste fase te liggen en zou aldus onbereikbaar zijn voor het personeel van het Agentschap Wegen en Verkeer (hierna: AWW).

In het middel formuleert de verzoekende partij kritiek op deze twee motieven, in twee onderdelen.

7. In een eerste onderdeel betwist de verzoekende partij het motief in het gunningsverslag dat het “gegeven dat het rijden naast een hermetische zone zoveel als mogelijk wordt beperkt” een minimale bestekeis betreft. Zij stelt dat een minimale eis of een essentiële bestekbepaling een eis is die intrinsiek dermate belangrijk is dat een afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg heeft dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden. De vraag wanneer een bepaling een minimale eis is, dient steeds *in concreto* in elk afzonderlijk geval te worden beantwoord. Verwijzend naar punt 6.1.2. van het bestek stelt de verzoekende partij dat hieruit blijkt dat “(1) het voorstel van de inschrijver kan worden aangepast op voorwaarde dat de inschrijvingsprijs behouden blijft en (2) dat het aan de inschrijver zelf toekwam om een voorstel te formuleren. In punt 6.2. van het bestek wordt bijkomend bepaald dat (1) er zo weinig mogelijk hinder voor het verkeer moet zijn, (2) de verschillende verkeersstromen voldoende gescheiden moeten blijven, (3) de parking altijd in gebruik zal blijven, (4) de technische ruimte toegankelijk moet blijven en (5) het doorgaand verkeer zo kort mogelijk beperkt moet worden. Uit de voormelde bestekbepaling blijkt niet dat “het rijden naast een hermetische zone zoveel als mogelijk wordt beperkt” als een minimale bestekseis moet worden beschouwd. Integendeel, de verwerende partij heeft in haar bestek uitdrukkelijk voorzien dat de opdrachtnemers een eigen voorstel mogen uitwerken. Doordat de verwerende partij in het bestek enerzijds toelaat om een eigen voorstel te formuleren en anderzijds ook voorziet dat bij niet-aanvaarding een aanpassing moet gebeuren zonder dat de inschrijvingsprijs mag worden aangepast, kan zij thans niet ernstig voorhouden dat het om een minimale bestekseis gaat.

In een bijlage 8 bij haar offerteformulier heeft de verzoekende partij een plan van aanpak opgemaakt waarin zij haar eigen voorstel heeft uitgewerkt. Zij stelt voor om in twee fasen te werken zodat er aan de wensen van de verwerende partij wordt tegemoet gekomen, te weten (1) door te werken in twee fasen blijft er doorgaand verkeer mogelijk, (2) er wordt geen kruisend verkeer in één tunnelkoker voorzien zodat de verkeersstromen volledig gescheiden blijven, (3) de parking is steeds toegankelijk via de fase waar niet gewerkt wordt, (4) feit dat de personeelsleden van de verzoekende partij veilig aan het personeelssas kunnen komen, wil zeggen dat de personeelsleden van AWW ook veilig, en aldus buiten de hermetische zone, aan de technische ruimte kunnen komen, en (5) het doorgaand verkeer zal enkel haar snelheid moeten aanpassen wanneer zij rijden naast de fase waar de werken worden uitgevoerd, en verder is er geen hinder. Het loutere feit dat het verkeer over de volledige lengte naast de hermetische zone rijdt en dit aldus niet “zoveel mogelijk” werd beperkt, brengt niet met zich mee dat het plan van aanpak niet voldoet aan de technische conformiteit van het bestek. De verwerende partij had de offerte van de verzoekende partij inhoudelijk moeten quoteren en kon het gebrek aan “beperking” van het rijden naast de hermetische zone hoogstens minder hoog quoteren dan bij de andere inschrijvers. Een gering als substantieel onregelmatig schendt het redelijkheidsbeginsel, alsook het *patere legem*-beginsel.

De verzoekende partij licht nog toe dat de beoordeling of een bepaling als een minimale eis moet worden beschouwd, wordt beïnvloed door de formulering in het bestek, de context en het voorwerp van de opdracht. Uit de bewoordingen “zoveel mogelijk beperkt” in combinatie met “de opdrachtnemer mag een ander voorstel doen” en “indien blijkt dat bij uitvoering de werkwijze niet aanvaard wordt, het werkplan aangepast dient te worden” volgt dat de betreffende bepaling niet als een minimale bestekseis kan worden geïnterpreteerd die een gering van de offerte als substantieel onregelmatig rechtvaardigen. Indien de verwerende partij daadwerkelijk de intentie had om van deze bepaling een substantiële minimeis te maken, dan mocht redelijkerwijze worden verwacht dat zij dit op expliciete wijze zou hebben aangegeven in het bestek. In

overeenstemming met vaste rechtspraak volstaat het niet dat een bepaling vaag of voorwaardelijk wordt geformuleerd om deze later alsnog als bindende minimumeisen te kwalificeren. Technische eisen die in het bestek worden omschreven als “gewenst”, of die slechts “in de mate van het mogelijke” moeten worden nageleefd, kunnen niet zonder meer worden verheven tot substantiële eisen, gelet op hun indicatief en facultatief karakter. Ook uit de omstandigheid dat in het bestek duidelijk is bepaald dat het is toegelaten dat de opdrachtnemer een eigen voorstel uitwerkt, volgt dat de verwerende partij thans niet kan stellen dat de bepaling als een minimale bestekeis moet worden beschouwd.

De verzoekende partij stelt ten slotte dat zij (1) een plan van aanpak heeft opgemaakt rekening houdend met de bepalingen van gunningscriterium 2, inbegrepen het subgunningscriterium ‘veiligheid’ en (2) het door het AWW voorziene veiligheids- en gezondheidsplan heeft ingevuld en bijgevoegd bij haar offerte, zodat zij wel degelijk rekening heeft gehouden met de vereiste veiligheid bij de uitvoering van de asbestwerkzaamheden. In het plan van aanpak wordt in het bijzonder ook ingegaan op de verschillende (veiligheids)maatregelen die gecombineerd kunnen worden om de hinder voor het doorgaand verkeer te verminderen met de nodige aandacht voor de veiligheid van de werknemers en weggebruikers. Voor zoveel als nodig, wijst de verzoekende partij op het feit dat uit dit subgunningscriterium niet blijkt dat er geen (of beperkt) verkeer naast de hermetische zone mag rijden. Bovendien kan de niet-naleving van de veiligheidsvoorschriften, wat te dezen niet het geval is, slechts als essentieel worden beschouwd in de mate en voor zover de niet-naleving ervan noodzakelijkerwijze een invloed heeft op de voorgestelde prijzen en de rangschikking van de offertes.

8. In een tweede onderdeel stelt de verzoekende partij dat de technische ruimte wel toegankelijk is voor personeelsleden van de verwerende partij zodat ook dit motief om haar offerte als substantieel onregelmatig te beschouwen, onwettig is.

Beoordeling

Eerste onderdeel

9. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 dienen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en dienen zij op een transparante en proportionele wijze te handelen. De gelijkheid die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, veronderstelt onder meer dat degenen die voor de toewijzing van de opdracht in aanmerking willen komen, van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offerte.

Artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit 18 april 2017 bepaalt dat een offerte ‘substantieel’ of ‘niet substantieel’ onregelmatig kan zijn. Een substantiële onregelmatigheid is onder meer, volgens artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, “de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten”. Artikel 76, § 3, bepaalt dat wanneer zoals te dezen gebruik wordt gemaakt van een openbare procedure, de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig verklaart.

Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om te interpreteren of een afwijking de niet-naleving betreft van een minimale eis of een vereiste dat als substantieel wordt aangemerkt in de opdrachtdocumenten waarbij het evenwel de Raad van State toekomt te onderzoeken of de aanbestedende overheid aan die begrippen zijn juiste draagwijdte en betekenis heeft gegeven.

Daarbij dient rekening te worden gehouden met het geheel van de bestekbepalingen, alsook met het voorwerp van de opdracht.

10. Uit punt 6.2. ‘Fasering’ van het bestek, zoals hoger weergegeven (*supra* punt 3.2) volgt dat de aanbesteder vooral belang hecht aan een oplossing

met zo weinig mogelijk hinder voor het verkeer, doch daarbij de veiligheid van de asbestverwijderaars en het verkeer niet uit het oog mag worden verloren, dat het rijden naast een hermetische zone zoveel mogelijk wordt beperkt en de verschillende verkeersstromen voldoende gescheiden moeten blijven om conflicten te vermijden. In het bestek worden twee voorstellen voor een mogelijke fasering opgesteld, een zogenaamde “ruwe fasering”, “die nog verder kan opgedeeld worden”. De opdrachtnemer kan ook een ander voorstel doen, indien dit tijdswinst kan opleveren.

De verzoekende partij betwist niet dat haar offerte in een fasering in twee fasen voorziet waarbij “het verkeer over de volledige lengte van de tunnel naast [haar] werkzone en naast de hermetische zone zal rijden [zelfs] wanneer in de parallelle koker gewerkt wordt”. De verwerende partij verduidelijkt in de nota dat de verzoekende partij een voorstel heeft ingediend waarbij er over de volledige lengte van de tunnel nog verkeer zal rijden onmiddellijk aanpalend aan de werkzone en dus langs de hermetische zone, en aldus in de rijstroken zelf een fysieke barrière wordt geplaatst.

De verzoekende partij betwist wel dat het gegeven dat “het rijden naast een hermetische zone zoveel als mogelijk wordt beperkt” als een minimale bestekeis is te beschouwen die moet leiden tot de substantiële onregelmatigheid van haar offerte.

11. Ook al wordt het zoveel mogelijk beperken van het verkeer naast de hermetische zone niet uitdrukkelijk als een minimale eis in het bestek aangeduid, toont de verwerende partij op het eerste gezicht aan dat dit uit het geheel van de bestekbepalingen, alsook uit het voorwerp en de context van de opdracht wel degelijk kan worden afgeleid, en zij bijgevolg een offerte die niet voldoet aan die vereiste overeenkomstig artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 als substantieel onregelmatig diende te beschouwen.

In punt 6.2. worden twee voorstellen van mogelijke fasering opgesteld, een voorstel met 3 fases en een voorstel met 2 fases, waarbij wordt gesteld dat de opdrachtnemer ook een ander voorstel kan doen indien dit tijdswinst kan opleveren. Uit het geheel van de bepalingen kan evenwel op het eerste gezicht worden afgeleid dat dit “ander voorstel” geen afbreuk kan doen aan de eis dat het rijden naast een hermetische zone zoveel mogelijk wordt beperkt. In het eerste voorstel met 3 fases wordt immers in fase 2 en 3 de tunnel gesloten voor doorgaand verkeer, namelijk wanneer de werken in de verkeerskoker zelf worden uitgevoerd, terwijl enkel nog in fase 1, wanneer de werken in de parallelle koker worden uitgevoerd het doorgaand verkeer de tunnel nog kan gebruiken, mits een bijkomende fysieke scheiding wordt geplaatst aan ingang 1 en uitgang 2 om te vermijden dat een wagen de afscheiding van de hermetische zone kan beschadigen. In het tweede voorstel met 2 fases wordt zelfs in de beide fases de tunnel gesloten voor doorgaand verkeer. De verwerende partij wijst er in haar nota op dat in geen van de beide voorstellen het verkeer rechtstreeks langs de hermetische zone zal rijden.

In het licht van deze twee voorstellen diende het voor een inschrijver op het eerste gezicht duidelijk te zijn dat een ander voorstel niet kon inhouden dat het rijden naast een hermetische zone meer uitgebreid mogelijk wordt gemaakt. Een inschrijver lijkt op het eerste gezicht louter een andere fasering of een meer gedetailleerde fasering te kunnen voorstellen dan de “ruwe fasering” voorgesteld in het bestek, wat eveneens tijdswinst zou kunnen opleveren.

De verwerende partij verwijst in haar nota ten slotte op het eerste gezicht terecht naar het voorwerp en de context van de opdracht, namelijk het verwijderen en afvoeren van de asbesthoudende wandpanelen die zich in een verkeerstunnel bevinden. In het gunningsverslag wordt verduidelijkt welke de concrete veiligheidsrisico's zijn op grond waarvan de beperkingen werden opgelegd, die aanzienlijk hoger zijn indien het verkeer in de tunnel en naast de hermetische zone niet als zodanig wordt beperkt. Er wordt verwezen naar het risico dat gecreëerd wordt “door drukverschil tussen aerodynamische effecten en de

onderdruk in de hermetische zone”, en naar de risico’s op aanrijdingen en de moeilijke toegang voor hulpdiensten bij een incident. Ook wordt gesteld dat “aanrijdingen [...] niet alleen een risico [zijn] voor het personeel van de aannemer dat het verkeer niet ziet, maar ook voor het verspreiden van de asbestvezels in de hele tunnel als gevolg van eventuele beschadiging van de luchtdichte folie. Ook bij brand als gevolg van een aanrijding, zullen deze risico’s toenemen.”

De verzoekende partij toont bijgevolg op het eerste gezicht niet aan dat het motief in het gunningsverslag dat haar voorstel waarbij “verkeer over de volledige lengte van de tunnel naast de werkzone en naast de hermetische zone zal rijden” geen rekening houdt met de vereiste van het zoveel als mogelijk beperken van het verkeer langs de hermetische zone, niet afdoende zou zijn om op grond daarvan haar offerte als substantieel onregelmatig te weren.

12. De omstandigheid dat in punt 6.2. van het bestek staat vermeld dat het rijden naast een hermetische zone “zoveel mogelijk [wordt] beperkt”, zonder dat het uitdrukkelijk wordt verboden, doet aan het voorgaande geen afbreuk. De verwerende partij lijkt in dit verband op het eerste gezicht terecht aan te voeren dat het rijden naast een hermetische zone enkel nog beperkt mogelijk dient te blijven om te vermijden dat ook bij uitvoering van de werken aan de parallelle koker en ter hoogte van de in- en uitgangen naar de parking, de tunnel voor doorgaand verkeer zou dienen te worden gesloten. Alsdan moet wel een bijkomende fysieke scheiding worden geplaatst om te vermijden dat een wagen de afscheiding van de hermetische zone kan beschadigen, zoals is bepaald in de voorstellen uitgewerkt in punten 6.2.1 en 6.2.2 van het bestek. In het gunningsverslag wordt in dit verband gesteld dat in het voorbeeld dat in het bestek werd uitgewerkt het rijden naast de hermetische zones tot slechts enkele meters werd beperkt en er ook een grotere afstand tot die zone was.

Op het eerste gezicht lijkt ook een vereiste waarin wordt opgelegd om het rijden op een bepaalde plaats “zoveel mogelijk” te beperken om conflicten te vermijden, in beginsel een minimale vereiste te kunnen inhouden, als

dit uit het geheel van de bestekbepalingen kan worden afgeleid, zoals te dezen. Uit punt 6.2. van het bestek, de twee voorstellen van ruwe fasering inbegrepen, blijkt op het eerste gezicht duidelijk dat de vereiste om het verkeer naast een hermetische zone “zoveel mogelijk” te beperken, niet louter indicatief of facultatief is.

De andere bestekbepalingen die de verzoekende partij aanhaalt, doen niet anders besluiten. Voor zover in punt 6.1.2. van het bestek sprake is van een “gedetailleerd werkplan” dat dient te worden aangepast indien blijkt dat bij uitvoering deze werkwijze niet aanvaard wordt, en voor zover wordt gesteld dat het aan de inschrijver zelf toekomt om een voorstel te formuleren, lijken deze bestekbepalingen op het eerste gezicht niet te impliceren dat een offerte niet moet worden geweerd wanneer het voorstel betreffende de bouw van de hermetische zones en fasering ervan, als bedoeld in punt 6.2., niet voldoet aan de voornoemde minimale vereiste. De verwerende partij maakt in haar nota op het eerste gezicht aannemelijk dat voornoemd “gedetailleerd werkplan” betrekking heeft op de manier waarop het verwijderen van de asbesthoudende wandpanelen zelf zal gebeuren.

Ook de omstandigheid dat in het subgunningscriterium ‘veiligheid’ een offerte wordt getoetst aan de wijze waarop rekening wordt gehouden met verkeersveiligheid en incidenten die bij de uitvoering van de werken kunnen optreden, lijkt op het eerste gezicht niet te verhinderen dat een offerte als substantieel onregelmatig wordt beschouwd wanneer niet is voldaan aan de vereiste dat het rijden naast een hermetische zone zoveel mogelijk wordt beperkt.

13. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de verwerende partij, door te besluiten dat haar offerte om de voornoemde reden substantieel onregelmatig is, de aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

14. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

14. Zoals hoger gesteld (zie *supra*, punt 6) onderscheidt de verzoekende partij in de bestreden beslissing twee motieven om te besluiten dat haar offerte substantieel onregelmatig is, namelijk (1) het verkeer rijdt over de volledige lengte van de tunnel naast de werkzone en naast de hermetische zone, terwijl in het bestek werd verzocht om dit zoveel mogelijk te beperken, en (2) de toegang tot het dienstlokaal lijkt binnen de hermetische zone van de eerste fase te liggen en zou aldus onbereikbaar zijn voor het personeel van het Agentschap Wegen en Verkeer (hierna: AWW).

In die context dient het tweede onderdeel van het middel, waarin de verzoekende partij kritiek formuleert op het tweede motief in de bestreden beslissing, niet nader te worden onderzocht, omdat dit motief, in het licht van het eerste motief, dat bij het onderzoek van het eerste onderdeel rechtmatig werd bevonden, een overtoollig motief vormt. Zelfs al zou die kritiek ernstig zijn, dan nog zou ze de schorsing van de tenuitvoerlegging van het onregelmatig bevinden van de offerte van de verzoekende partij niet kunnen verantwoorden.

15. Het tweede onderdeel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

16. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 “en het daarin vervatte gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel”, artikel 81 van de wet van 17 juni 2016, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het *patere legem*-beginsel, het materiële motiveringsbeginsel en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

De verzoekende partij licht toe dat de verwerende partij de enige regelmatige offerte van de nv V.S. diende te toetsen aan elk van de

gunningscriteria. Door bij het nazicht van de offertes de gunningscriteria niet langer bij de beoordeling te betrekken, heeft de verwerende partij aldus het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel geschonden, alsook het *patere legem*-beginsel. Het is namelijk niet toegelaten om (bepaalde) gunningscriteria niet bij de beoordeling te betrekken, terwijl de verwerende partij te dezen geen beoordeling per gunningscriterium heeft uitgevoerd. Door de offerte van de nv V.S. niet inhoudelijk te beoordelen, noch punten toe te kennen, worden zowel de verzoekende partij als de Raad van State in de onmogelijkheid gesteld om na te gaan “of de voorhanden zijnde motieven volstaan om de gedane beoordeling en puntentoekenning te onderbouwen”.

Beoordeling

17. Een inschrijver wiens offerte onregelmatig is verklaard, zoals te dezen de verzoekende partij, heeft in beginsel geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

18. Te dezen blijken drie ondernemingen een offerte te hebben ingediend, en zijn twee ervan, waaronder die van de verzoekende partij, als substantieel onregelmatig geweerd, wat het voorwerp uitmaakt van het eerste middel dat niet ernstig is bevonden.

Het tweede middel strekt er niet toe aan te tonen dat ook de offerte van de gekozen inschrijver als substantieel onregelmatig had dienen te worden geweerd, of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

De exceptie van gebrek aan belang bij het middel, opgeworpen door de verwerende partij, wordt bijgevalen.

19. Het tweede middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 26 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op vierentwintig juni tweeduizend vijftientwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	

Joris Casneuf,	griffier.
----------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Patricia De Somere