

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 263.715 van 24 juni 2025
in de zaak A. 244.984/XIV-39.814**

In zake: de NV V.A.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Van der Snickt en Andrea Dalle
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leopoldlaan 48
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 juni 2025, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing [...] ondertekend op 15 mei 2025 waarmee [het Agentschap Wegen en Verkeer] de overheidsopdracht voor werken met omschrijving ‘Verwijderen van asbesthoudende platen in tunnel ’t Zand’ gunt aan [de nv V.S.]”.

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.

Advocaat Jan Van der Snickt, die verschijnt 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.] voldoet dus niet aan de minimale vereiste van het bestek betreffende de opgelegde veiligheidsmaatregelen.

Inschrijver [de nv V.A.] organiseert zijn werken zodanig dat er verkeer over de volledige lengte van de tunnel, weliswaar in vier maal een halve lengte, naast hun werkzone en naast de hermetische zone zal rijden. Wanneer in de parallelle koker gewerkt wordt, wordt het rijden naast de hermetische zone beperkt tot de in- en uitgangen van die koker. In het voorbeeld dat in het bestek werd uitgewerkt, werd echter ook voor het werken in de eigenlijke verkeerskoker het rijden naast de hermetische zones tot slechts enkele meters beperkt en was er ook een grotere afstand tot die zone. De inspanningen van de inschrijver om de contactzones (t.a.v. de hermetische zone) te beperken zijn onvoldoende. Daarom concludeert de aanbesteder dat het rijden naast een hermetische zone niet zoveel mogelijk beperkt wordt.

[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 het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017), artikel 147, § 5, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), de materiële motiveringsplicht, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Onder de hoofding ‘Onterechte toepassing van artikel 76, § 1, lid 4, 3° en schending van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel’, licht de verzoekende partij toe dat uit de motivering in het gunningsverslag blijkt dat haar offerte substantieel onregelmatig wordt beschouwd omdat zij niet voldoet aan de minimale vereiste van het bestek betreffende de opgelegde veiligheidsmaatregelen, terwijl volgens haar “nergens in het bestek, noch in het terechtwijzend bericht, noch tijdens het plaatsbezoek”, op enige manier werd aangegeven dat “het rijden naast een hermetische zone wordt zoveel mogelijk beperkt” te beschouwen valt als een minimale eis.

De verzoekende partij haalt een aantal bestekbepalingen aan die daarmee in tegenspraak zouden zijn. Een samenlezing van deze citaten doet volgens de verzoekende partij besluiten dat de verwerende partij veelvuldig en uitdrukkelijk in de opdrachtdocumenten te kennen geeft dat zij zo weinig mogelijk hinder voor het verkeer en het zoveel mogelijk openhouden van de verkeerskoker zeer belangrijk vindt, dat zij op verschillende manieren zelf aangeeft hoe het verloop van verkeer naast de hermetische zone dient georganiseerd te worden, en dat zij die concrete invulling daarvan als een verantwoordelijkheid van de aannemer ziet en deze toelaat een voorstel uit te werken, dat kan afwijken van “de mogelijke ruwe fasering” die zij zelf voorstelt. Een inschrijver kon bij het lezen van het bestek enkel besluiten dat de wens van de aanbesteder erin bestaat om een zo gebalanceerd mogelijk samengaan te organiseren tussen zo weinig mogelijk hinder voor het verkeer en het rijden naast een hermetische zone dat zoveel als mogelijk wordt beperkt. Geen van beide eisen werd als een minimale eis aangemerkt in de opdrachtdocumenten. Wat wel als een minimum eis staat omschreven in het bestek is de vereiste: “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 verzoekende partij vervolgt dat de gunningscriteria dermate zijn omschreven dat ze vooraf aangeven welke weging wordt gegeven aan de invulling van de verschillende en soms tegenstrijdige vereisten van de verwerende partij bij de evaluatie. Een vereiste omschrijven als onderhavig aan een evaluatie en deze nadien beschouwen als een “minimumeis” die tot substantiële onregelmatigheid leidt, is wederom het niet respecteren van het eigen bestek. Uit de omschrijving van het subgunningscriterium ‘Veiligheid’ (5 punten) kon een inschrijver begrijpen dat bij dit gunningscriterium de mate van beperken van verkeer naast de hermetische zone een rol zal spelen bij de evaluatie en hoeveel hij hier te winnen of te verliezen heeft, maar hij kan niet worden verondersteld te begrijpen dat diezelfde wens tegelijkertijd een minimale eis is die tot onregelmatigheid leidt, mede gelet op de navolgende gunningscriteria die te

kennen geven dat de andere (en niet compatibele) vereiste voor minder hinder voor het verkeer een betere quotering krijgt. Uit gunningscriterium 3 ‘totale uitvoeringstermijn’ (5 punten) kon een inschrijver begrijpen dat het beperken van de uitvoeringstermijn en het behouden van de continuïteit van het verkeer “al minstens op dubbel zoveel punten staat als het subcriterium veiligheid”. Gunningcriterium 4 ‘termijn voor afsluiten van de weg voor doorgaand verkeer’ (20 punten) vormt onmiskenbaar een extra nadruk op het belang dat de aanbesteder blijkt te geven aan het vermijden van volledige tunnelsluitingen en kan niet anders als begrepen worden als een *incentive* om een oplossing te suggereren die, mits het respecteren van de voorwaarden die opgelegd worden, de werken zodanig organiseren dat doorgaand verkeer mogelijk blijft. De verzoekende partij heeft in haar plan van aanpak, gevoegd als bijlage 8 bij haar offerte, en in haar respectievelijke risicoanalyses, met alle respect voor de voorwaarden die voor de nabijheid van verkeer en hermetische zone, een alternatieve fasering voorgesteld, evenals haar uitvoeringstermijn en het aantal dagen tunnelsluiting dermate kunnen beperken, om aldus maximaal tegemoet te komen aan de gunningscriteria. Er weze herhaald dat het de inschrijver vrij stond een voorstel te doen van alternatieve fasering zolang dit maar voor tijdswinst zou kunnen zorgen.

7. De verzoekende partij vervolgt dat de verwerende partij, door haar offerte onterecht als substantieel onregelmatig te weren, zij eveneens ten onrechte heeft nagelaten om een evaluatie te doen volgens de bepaalde gunningscriteria, en hierdoor artikel 147, § 5, van de wet van 17 juni 2016 heeft geschonden.

Voorts stelt de verzoekende partij dat door de handelwijze van de verwerende partij de gelijke behandeling tussen de inschrijvers op een ontransparante manier is geschonden. Nu *in concreto* vaststaat dat haar offerte niet afwijkt van minimale bestekeisen lijkt het er volgens haar op dat de aanbesteder ontransparant, na opening van de offertes, de aangekondigde beoordelingsmethodiek heeft verlaten om aldus de gelijkheid tussen de inschrijvers te schenden en de evaluatie uit te schakelen door een onterechte wering. Gelet op

de bepalingen van het bestek had de verwerende partij eerder de vereiste om het doorgaand verkeer zo min mogelijk te beperken, als “substantieel” kunnen benoemen en dan diende naar alle waarschijnlijkheid de thans gekozen inschrijver geweerd te worden.

Ten slotte stelt de verzoekende partij dat te dezen ook de materiële motiveringsplicht is geschonden. Voor zover in het gunningsverslag wordt gesteld “De inspanningen van de inschrijver om de contactzones (t.a.v. de hermetische zone) te beperken zijn onvoldoende”, rijst volgens de verzoekende partij de vraag wat onder “inspanningen” valt te begrijpen. Zij verwijst naar haar plan van aanpak als bijlage bij haar offerte, waarin een principeschets wordt weergegeven van de wand van de hermetische zone in de tunnel voor doorgaand verkeer, die volledig beantwoordt aan wat in het bestek wordt gevraagd (namelijk “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”) en voorziet in voorlopige *jerseys*, geklemde zware schoren om de meter, krimpfolie en binnenfolie. Voorts wordt dit onder de hoofding ‘Minder hinder en planning’ nogmaals toegelicht en ook aangegeven dat de snelheid van het verkeer wordt teruggebracht tot 30km/u om zuigkracht uit te sluiten. Ook in de ‘Risico-Taak analyse’ wordt de beperking van de snelheid tot 30km/u vooropgesteld. Indien het de bedoeling was enkel de in het bestek voorgestelde fasering te aanvaarden, dan had de verwerende partij niet moeten stellen dat “het de verantwoordelijkheid is van de opdrachtnemer is om na te gaan hoe de hermetische zones best opgebouwd worden en hoe groot ze moeten zijn” en niet in het bestek moeten bepalen “dat de opdrachtnemer ook een ander voorstel kan doen, indien dit tijdsinstaat kan opleveren”. Wat betekent “onvoldoende” en “niet zoveel mogelijk” te dezen? Door het systematisch gebruik van subjectief interpreteerbare begrippen in de motivering is het voor de verzoekende partij onmogelijk te achterhalen of de gelijkheid is gerespecteerd dan wel of niet eerder discretionair toepassing is gemaakt van een uitsluitingsgrond met de onterechte bedoeling geen evaluatie volgens de gunningscriteria te moeten maken.

Beoordeling

8. 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.

9. Uit punt 6.2. ‘Fasering’ van het bestek, zoals hoger weergegeven (zie *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 zij volgens haar offerte de werken zodanig organiseert dat “er verkeer over de volledige lengte van de tunnel, weliswaar in vier maal een halve lengte, naast [haar] werkzone en naast de hermetische zone zal rijden [waarbij] wanneer in de parallelle koker gewerkt wordt, [...] het rijden naast de hermetische zone [wordt] beperkt tot de in- en uitgangen van die koker”. De verwerende partij verduidelijkt in de nota dat de verzoekende partij een voorstel heeft ingediend, waarbij er telkens over een deel van de 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, tussen het doorgaand verkeer, 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.

10. 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 in 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 de motieven in het gunningsverslag dat de “inspanningen van de inschrijver om de contactzones (t.a.v. de hermetische zone) te beperken [onvoldoende zijn]”, en dat “het rijden naast een hermetische zone niet zoveel mogelijk beperkt wordt”, niet afdoende zouden zijn om op grond daarvan haar offerte als substantieel onregelmatig te weren.

11. De omstandigheid dat in punt 6.1.2. van het bestek staat vermeld dat “[w]aar het verkeer in de nabijheid van een hermetische zone komt, [...] een bijkomende fysieke scheiding geplaatst [moet] worden om te vermijden dat een wagen de afscheiding van de hermetische zone kan beschadigen”, zoals de verzoekende partij in haar offerte heeft voorzien, 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 dient te worden gesloten. In dat geval moet 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, ook voor het werken in de eigenlijke verkeerskoker het rijden naast de hermetische zones tot slechts enkele meters werd beperkt en er ook een grotere afstand tot die zone was.

De andere bestekbepalingen die de verzoekende partij aanhaalt, doen niet anders besluiten. Voor zover in het bestek uitdrukkelijk wordt gesteld dat de aanbesteder ook het zo weinig mogelijk hinder voor het verkeer en het zoveel mogelijk openhouden van de verkeerskoker zeer belangrijk vindt, en de aanbesteder zelf aangeeft hoe het verloop van verkeer naast de hermetische zone dient te worden georganiseerd, waarbij hij de concrete invulling daarvan als een verantwoordelijkheid van de aannemer ziet en deze toelaat een voorstel uit te werken dat kan afwijken van “de mogelijke ruwe fasering” die hij zelf voorstelt, 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.

12. Voor zover de verzoekende partij verwijst naar de omschrijving van de gunningscriteria om aan te geven dat een inschrijver daaruit begrijpt dat de eisen omtrent de veiligheid en de beperking van de hinder geen minimale besteisen zouden zijn, overtuigt deze kritiek op het eerste gezicht evenmin.

Enkel de regelmatige offertes, die aldus voldoen aan de minimale eisen van het bestek, komen in aanmerking voor een toetsing aan de gunningscriteria. Uit de beschrijving van die criteria en de weging van de score per criterium lijkt op het eerste gezicht geen conclusie te kunnen worden getrokken over het al dan niet essentieel karakter van een bestekseis die de regelmatigheid van de offertes betreft.

Dat in het subgunningscriterium ‘veiligheid’ een offerte wordt getoetst aan, volgens de verzoekende partij, de mate van beperken van verkeer naast de hermetische zone, lijkt bijgevolg 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. Omgekeerd staat de omstandigheid dat een offerte voldoet aan de minimale vereiste om het rijden naast een hermetische zone zoveel mogelijk te

beperken, er niet aan in de weg dat die offerte bij de toetsing aan de gunningscriteria ‘Totale uitvoeringstermijn’ en ‘Termijn voor afsluiten van de weg voor doorgaand verkeer’, meer punten zou behalen door de totale uitvoeringstermijn en termijn voor het afsluiten van de tunnel zo kort mogelijk te houden. De verzoekende partij lijkt bijgevolg ten onrechte uit die gunningscriteria een “*incentive*” te hebben afgeleid om een oplossing voor te stellen waarbij het verkeer voortdurend rechtstreeks langs de hermetische zone zal rijden, ondanks de voornoemde vereiste dat het rijden langs de hermetische zone zoveel mogelijk wordt beperkt.

13. Voor zover de verzoekende partij de schending aanvoert van artikel 147, § 5, van de wet van 17 juni 2017, bepaling die geldt in de zogenaamde speciale sectoren, is het middel niet ontvankelijk.

14. 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, zij de aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

15. Het enig middel is niet ernstig.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt 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 vijfentwintig, 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