RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 209.131 van 24 november 2010
in de zaak A. 132.741/XII-3763

In zake: 1. de NV BETONAC
2. de NV ASWEBO
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Boudewijn Ronse
kantoor houdend te Brussel
G. Macaulaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 maart 2003, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing dd. 18 december 2002 van de Vlaamse Minister van Mobiliteit, Openbare Werken en Energie houdende toewijzing van de overheidsopdracht voor aanneming van werken mbt het structureel onderhoud van de R1 (Ring rond Antwerpen) aan de tijdelijke handelsvennootschap Van Broekhoven - Van Gorp - Wegebo voor haar variantofferte 1".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 116.055 van 18 februari 2003 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

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

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 september 2010.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jozef Timmermans, die loco advocaat Carlos De Wolf verschijnt voor de verzoekende partijen, is gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een beperkte offerteaanvraag uit voor een aanneming van werken voor structureel onderhoud van de ring rond Antwerpen (R1). De opdracht wordt aangekondigd in het Publicatieblad van de Europese Unie van 20 augustus 2002 en het Bulletin der Aanbestedingen van 23 augustus 2002. Volgens de aankondiging bedraagt de geschatte investeringswaarde van de opdracht 100 miljoen euro, btw inbegrepen.

3.2. Het bestek bepaalt onder meer het volgende omtrent de planning van de uit te voeren werken:

> "Planning van de werken:
> De werken zijn uit te voeren in de loop van zeven onderscheiden uitvoeringsperiodes.
> 1. Onderzoeksperiode
> 2. Tussenperiode 1
> 3. Tussenperiode 2
> 4. Hoofdperiode 1
> 5. Tussenperiode 3
> 6. Hoofdperiode 2

7. Afbouwperiode

Voor elk van de uitvoeringsperiodes gelden de volgende randvoorwaarden:

A) Er is een maximum uitvoeringstermijn (duurtijd) van toepassing;
B) Er is een uiterste (ten vroegste) begindatum;
C) Er is een uiterste (ten laatste) einddatum;
D) Binnen elke uitvoeringsperiode worden de werken uitgevoerd volgens een fasering. [...]

[...]

Detailomschrijving uitvoeringsperiodes

Hierna volgt een detailomschrijving van de voornaamste randvoorwaarden die op de periodes van toepassing zijn m.b.t. termijnen en fasering. Andere randvoorwaarden (ondermeer m.b.t. de uitvoeringsmethoden en voorschriften enerzijds en m.b.t. de verkeershinder) zijn elders beschreven in onderhavig bestek.

[...]

Randvoorwaarden Hoofdperiode 1 (afgekort 'HP1')

A) Maximum uitvoeringstermijn:
165 kalenderdagen

De inschrijver mag deze uitvoeringstermijn inkorten en dient in zijn inschrijving de door hem gegarandeerde uitvoeringstermijn op te geven. Bovendien moet de aannemer in zijn inschrijving een deeltermijn opgeven voor de fase van de onderhoudswerken aan de Kennedytunnel. Na gunning krijgen deze termijnen het statuut van contractuele uitvoeringstermijn.

B) Begindatum
De uiterste begindatum die de aannemer opgeeft mag ten vroegste vallen op 17/06/2004.

C) Uiterste (ten laatste) einddatum:
28/11/2004.

D) Fasering

[...]

HP1 (b)

Alle onderhoudswerken in de Kennedytunnel, kant Buitenring inclusief de bijhorende toegangshellingen volgens de begrenzingen aangegeven op de aanbestedingsplannen.

Deze werken bestaan uit:
* Aanpassing van de bestaande omleidingssignalisatie naar een situatie waarbij één koker is afgesloten;
* Opbraakwerken van verharding, fundering, lineaire elementen, voetpaden, riolering, ...
* Vernieuwing van deze elementen;

* Heraanpassing van de omleidingssignalisatie naar een situatie met beide tunnelkokers open voor het verkeer;

Deeltermijn:
op te geven door de inschrijver, maximum 62 kalenderdagen.
Deze termijn dient zich strikt te situeren in de maanden juli/augustus 2004

[...]

Randvoorwaarden Hoofdperiode 2 (afgekort 'HP2')

A) Maximum uitvoeringstermijn:
273 kalenderdagen

De inschrijver mag deze uitvoeringstermijn inkorten en dient in zijn inschrijving de door hem gegarandeerde uitvoeringstermijn op te geven. Bovendien moet de aannemer in zijn inschrijving een deeltermijn opgeven voor de fase van de onderhoudswerken aan de Kennedytunnel. Na gunning krijgen deze termijnen het statuut van contractuele uitvoeringstermijn.

B) Begindatum
De uiterste begindatum die de aannemer opgeeft mag ten vroegste vallen op 31/01/2005.

C) Uiterste (ten laatste) einddatum:
30/10/2005

D) Fasering:

[...]

HP2 (b)

De onderhoudswerken in de Kennedytunnel, kant Binnenring inclusief de bijhorende toegangshellingen volgens de begrenzingen aangegeven op de aanbestedingsplannen.

Deze werken bestaan uit:
* Aanpassing van de omleidingssignalisatie
* Opbraakwerken van verharding, fundering, lineaire elementen, voetpaden, riolering...
* Vernieuwing van deze elementen
* Heraanpassing van de omleidingssignalisatie

Deeltermijn:
op te geven door de inschrijver; maximum 62 kalenderdagen.
Deze termijn dient zich te situeren in de maanden juli/augustus 2005".

Het bestek omschrijft de gunningscriteria als volgt:

"Voor de aanwijzing van de voordeligste regelmatige offerte wordt rekening gehouden met hierna vermelde gunningscriteria met de volgende wegingspercentages:

- de prijs 50 punten
- de uitvoeringstermijn 25 punten
- de kwaliteit 25 punten".

Het gunningscriterium kwaliteit wordt als volgt toegelicht:

"3 Kwaliteit
Aantal punten: maximum 25.

Dit gunningscriterium is onderverdeeld in de hierna vermelde vijf subcriteria, met een maximum aantal punten zoals aangegeven voor respectievelijk subcriterium:
o Verkeerscirculatieplan; maximum 9 punten
o Werforganisatie en werfinrichting; maximum 4 punten
o Planning per uitvoeringsperiode; maximum 4 punten
o Kwaliteitsborging; maximum 4 punten
o Voorstel flankerende maatregelen. maximum 4 punten".

3.3. Op 1 oktober 2002 worden drie kandidaten geselecteerd om een offerte in te dienen. Naast de verzoekende partijen worden ook de thv Van Broekhoven - Van Gorp - Wegebo (hierna verkort "thv Van Broekhoven") en de thv Heijmans Bouw - Deckx - Stadsbader Flamand - Tramo - Van Wellen - Heijmans Infra & Milieu (hierna verkort "thv Heijmans") geselecteerd. Er wordt de geselecteerde kandidaten een exemplaar van het bestek toegezonden.

3.4. De inschrijvingen worden geopend op 25 november 2002. De verzoekende partijen dienen een basisofferte en één variante offerte in. De thv Van Broekhoven en de thv Heijmans dienen elk een basisofferte en vier variante offertes in.

3.5. Op 9 december 2002 wordt een omstandig gunningsverslag en voorstel tot gunning opgemaakt.

In de eerste plaats worden de ingediende offertes onderzocht op hun conformiteit met de "vereiste vorm en inhoud en met de dwingende randvoorwaarden uit het beleidsscenario verkeer". De varianten 2, 3 en 4 van de thv Heijmans en van de thv Van Broekhoven worden fundamenteel niet conform geacht met de dwingende randvoorwaarden van het beleidsscenario verkeer, zodat enkel de basisofferte en variant 1 van deze inschrijvers in de verdere beoordeling worden betrokken. Zowel de basisofferte als de variante offerte van de verzoekende partijen worden conform geacht.

Vervolgens wordt de regelmatigheid van de overblijvende offertes en van de prijzen onderzocht. In het kader van dit onderzoek wordt naar de overblijvende offertes verwezen met de volgende nummers:

> “o de basisofferte van Betonac-Aswebo (1)
> o de variantofferte van Betonac-Aswebo (2)
> o de basisofferte van VB-VG-Wegebo (3)
> o variantofferte 1 van VB-VG-Wegebo (4)
> o de basisofferte van Heijmans & co (8)
> o variantofferte 1 van Heijmans & co (9)”.

Bij het onderzoek van de eenheidsprijzen wordt onder meer de volgende voorafgaande toelichting gegeven:

> “6.2.1 Algemeen geldende opmerkingen
>
> [...]
>
> (3) Fluctuaties in de individuele eenheidsprijzen per cluster
>
> Voor sommige posten die in uitvoering tot een ‘cluster’ behoren (b.v. alle posten gaande van opbraak van alle lagen van de bestaande verharding tot alle posten m.b.t. de aanleg van de nieuwe lagen) komt het voor dat voor de ene post een inschrijver laag inschrijft maar voor een andere post van de cluster hoog inschrijft, terwijl een andere inschrijver net het omgekeerde doet. Hierdoor zijn de onderlinge verschillen tussen de individuele eenheidsprijzen proportioneel groter dan de onderlinge verschillen tussen de som van de eenheidsprijzen van de posten van een cluster”.

Vervolgens wordt een detailanalyse van de eenheidsprijzen voor de belangrijkste posten gemaakt:

> “6.2.2 Detailanalyse van de eenheidsprijzen voor de belangrijkste posten
>
> Uit een detailanalyse van de eenheidsprijzen en afwijking t.o.v. het gemiddelde en de raming kunnen de hierna volgende belangrijkste vaststellingen gemaakt worden:
>
> 6.2.2.1 Cluster DGB-verharding
>
> [...]
>
> Vaststellingen m.b.t. alle eenheidsprijzen behorende tot de cluster DBG-verharding
>
> a) Afwijking t.o.v. het gemiddelde

Voor de posten die levering en aanleg van nieuwe materialen betreffen (posten 617 en 623) is de afwijking van alle individuele eenheidsprijzen t.o.v. het gemiddelde beperkt (gaande van 86,0% tot 109,6%). Dit ligt in de lijn van de verwachtingen door het feit dat dit een soort werken is waarmee de aannemers geregeld te maken hebben.

Voor de posten die hetzij opbreekwerken (posten 564, 567, en 566) inhouden, hetzij plaatsing van gerecycleerde materialen bevatten (posten 600, 602 en 96) is er een grote fluctuatie vast te stellen in de individuele eenheidsprijzen.
Dit is enerzijds het gevolg van de fluctuaties van de individuele eenheidsprijzen binnen een cluster (zie opmerking (3)) en anderzijds wellicht ook van het feit dat de methodiek en bijgevolg ook de prijsvorming voor recyclage bij de inschrijvers verschillend is.

Op individuele basis is de afwijking voor twee posten vrij groot (zie posten 566 en 567: enerzijds meer dan nagenoeg 30% voor inschrijvingen 3 en 4 (laagste inschrijving) en anderzijds nagenoeg 199% voor inschrijvingen 8 en 9).

Als echter de vergelijking van de eenheidsprijzen voor het totaal van de cluster wordt gemaakt blijkt dat deze extremen uitgevlakt worden en dat de afwijking t.o.v. het gemiddelde (gaande van 83,7% tot 116,5%) aanvaardbaar is.

b) Afwijking t.o.v. de raming

Ook hier is de afwijking voor de posten die levering en aanleg van nieuwe materialen betreffen (posten 617 en 623) relatief beperkt, gaande van 76,0% (bij de laagste inschrijving) tot 98,7% (bij de hoogste inschrijving). Het feit dat de betreffende eenheidsprijzen van alle inschrijvers lager liggen dan de raming is te verklaren door het schaaleffect (zie opmerking (1)).

Voor de posten die hetzij opbreekwerken (posten 564, 567, en 566) inhouden, hetzij plaatsing van gerecycleerde materialen bevatten (posten 600, 602 en 96) is er in de individuele eenheidsprijzen een nog grotere fluctuatie dan bij de vergelijking met het gemiddelde vast te stellen.
Voor details wordt verwezen naar de tabel.
Een verklaring in de fluctuaties en afwijkingen t.o.v. de raming moeten gezocht worden in een gezamenlijk effect van de drie hoger vermelde fenomenen (zie opmerkingen (1), (2) en (3)).
Verder is het ook zo dat kan verwacht worden dat de aannemers - veel meer dan bij projecten van normale omvang - voor de omvangrijke werken van de R1 binnen uiterst korte termijnen gebruik zullen maken van opbreekmateriaal met een meer dan normale capaciteit en hoog rendement wat mede oorzaak kan zijn van een afwijking in min van de eenheidsprijzen t.o.v. de raming.

Zoals blijkt uit de vergelijking van de eenheidsprijzen per cluster ligt de raming hoger dan alle inschrijvingen ten gevolge van het schaalniveau en de recyclagefactor. De grote verschillen zijn echter uitgenivelleerd (58,9% tot 82,0%) als men de eenheidsprijzen analyseert op clusterniveau.

Concluderend kan gesteld worden dat:
* de eenheidsprijzen van de laagste bieder bekeken vanuit deze invalshoek (cluster DGB verharding) aanvaardbaar zijn;

* de belangrijke afwijking van de eenheidsprijzen voor de cluster (inschrijvingen versus raming; bijna 58,9% van de raming voor de laagste inschrijving) mede een belangrijke oorzaak is van het verschil tussen het totale ramingsbedrag en het totale aannemingsbedrag van de laagste inschrijving, dit omwille van het relatieve grote belang van deze cluster.

6.2.2.2 Cluster Asfaltverharding

Vaststellingen m.b.t. alle eenheidsprijzen behorende tot de cluster asfaltverhardingen

a) Afwijking t.o.v. het gemiddelde

De analyse van de prijszetting van de inschrijvers voor de cluster asfaltverhardingen resulteert in analoge vaststellingen als voor de cluster DGB-verharding.

Bij de posten die levering en aanleg van nieuwe materialen betreffen (dit zijn de posten 625, 622, 626 en 624) blijft de afwijking van alle individuele eenheidsprijzen t.o.v. het gemiddelde beperkt. Deze afwijking gaat van 90,5% tot 108,6%. Werken waarbij nieuwe materialen worden verwerkt zijn werken waarmee de aannemers goed vertrouwd zijn zodat geen grote verschillen tussen de inschrijvingen te verwachten waren.

Voor de posten die hetzij opbreekwerken (posten 564, 567 en 566) inhouden, hetzij betrekking hebben op de plaatsing van gerecycleerde materialen afkomstig van de werf zelf (posten 600 en 603) treedt er een grote fluctuatie op in de individuele eenheidsprijzen.
Dit is enerzijds het gevolg van de fluctuaties van de individuele eenheidsprijzen binnen een cluster (zie opmerking (3)) en anderzijds wellicht ook van het feit dat de methodiek en bijgevolg ook de prijsvorming voor recyclage bij de inschrijvers verschillend is.

Behalve voor de twee posten 566 en 567 zijn de verschillen in afwijking van de individuele eenheidsprijzen t.o.v. het gemiddelde relatief beperkt. De afwijking voor de twee posten 566 en 567 (enerzijds meer dan nagenoeg 30% voor inschrijvingen 3 en 4 (laagste inschrijving) en anderzijds nagenoeg 199% voor inschrijvingen 8 en 9) is groot.
Als echter de vergelijking van de eenheidsprijzen voor het totaal van de cluster wordt gemaakt blijkt dat deze extremen uitgevlakt worden en dat de afwijking t.o.v. het gemiddelde in beperkte mate varieert m.n. van 85,4% voor de laagste inschrijving tot 107,7% voor de hoogste inschrijving, wat zeker aanvaardbaar is.

b) Afwijking t.o.v. de raming

De eenheidsprijs in de raming voor post 626 (SAMI-laag) is veel te hoog ingeschat. De eenheidsprijzen van de inschrijvers zijn correcte marktprijzen.
Voor de andere posten die levering en aanleg van nieuwe materialen betreffen (dit zijn de posten 625, 622 en 624) is de afwijking t.o.v. de raming relatief beperkt, met dien verstande dat de relatief hoge ingeschatte prijs in de raming voor post 622 (toplaag SMA, 3 cm) te wijten is aan het feit dat deze laag oorspronkelijk 4 cm dik was en de eenheidsprijs niet werd aangepast.
De eenheidsprijzen van de inschrijvers zijn correcte marktprijzen rekening houdende met het feit dat het schaaleffect hier minder speelt dan bij de

betonverharding gezien de asfaltverhardingen hoofdzakelijk op de verbindingslussen zijn gelegen waar de uitvoering in meerdere deelfasen moet geschieden wat arbeidsintensiever en dus duurder is.

Voor de posten die hetzij opbreekwerken (posten 564, 567 en 566) inhouden, hetzij plaatsing van gerecycleerde materialen bevatten (posten 600 en 603) is er in de individuele eenheidsprijzen een grotere fluctuatie dan bij de vergelijking met het gemiddelde vast te stellen.
Ook hier moet de verklaring in de fluctuaties en afwijkingen t.o.v. de raming gezocht worden in een gezamenlijk effect van de drie hoger vermelde fenomenen (zie opmerkingen (1), (2) en (3)).
Verder is het wellicht ook zo dat de aannemers, veel meer dan bij projecten van normale omvang - voor de omvangrijke werken van de R1 binnen uiterst korte termijnen gebruik zullen maken van opbreekmaterieel met een meer dan normale capaciteit en hoog rendement wat mede oorzaak kan zijn van een afwijking in min van de eenheidsprijzen t.o.v. de raming.

Zoals blijkt uit de vergelijking van de eenheidsprijzen per cluster ligt de raming merkelijk hoger dan alle inschrijvingen ten gevolge van het schaalniveau en de recyclagefactor. De grote verschillen zijn echter uitgenivelleerd (48,3% tot 60,9%) als men de eenheidsprijzen analyseert op clusterniveau. Het te hoge prijsniveau van de raming is zoals reeds gezegd vooral het gevolg van te hoge eenheidsprijzen voor de SAMI en de SMA toplaag.

Concluderend kan gesteld worden dat:
* de eenheidsprijzen van de laagste bieder bekeken vanuit deze invalshoek (cluster asfaltverharding) aanvaardbaar zijn;
* de belangrijke afwijking van de eenheidsprijzen voor de cluster (inschrijvingen versus raming; bijna 50% van de raming voor de laagste inschrijving), mede een belangrijke oorzaak is van het verschil tussen het totale ramingsbedrag en het totale aannemingsbedrag van de laagste inschrijving, dit omwille van het relatieve grote belang van deze cluster".

De algemene conclusie van het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes en van de prijzen luidt:

"6.3 Algemene conclusie

6.3.1 Vergelijking tussen de inschrijvers onderling

Op basis van de hoger besproken detailanalyse van de eenheidsprijzen kan geconcludeerd worden dat bij de laagste inschrijving de individuele eenheidsprijzen van enkele posten (566 en 567) die deel uitmaken van een cluster laag liggen maar dat deze afwijking naar onder teniet wordt gedaan als men de eenheidsprijzen per cluster onderzoekt.
Op clusterniveau is de spreiding van de eenheidsprijzen normaal en komen deze eenheidsprijzen overeen met normale marktprijzen.

Op het niveau van de 'Onderdelen' in de opmetingsstaat (zie 'Detailanalyse op niveau HoofdstukParagraaf opmetingsstaat') ligt de spreiding van de totaalprijzen van de inschrijvingen t.o.v. het gemiddelde binnen de 15%.

6.3.2 Vergelijking met de raming

Uit de detailanalyse blijkt het volgende:

* Voor de eigenlijke verhardingswerken (DGB of asfalt) die met nieuwe materialen worden uitgevoerd is de afwijking t.o.v. de raming gering.
* Voor de onderbouw van de verhardingswerken die met gerecycleerde materialen wordt uitgevoerd liggen de eenheidsprijzen van de inschrijvingen merkelijk lager dan de raming. Ook is de spreiding van de afwijkingen vrij groot. Dit alles is hoofdzakelijk het gevolg van de moeilijkheid om het schaaleffect en het effect van het gebruik van gerecycleerde materialen nauwkeurig in te schatten.
* Op clusterniveau is de afwijking van de inschrijvingen t.o.v. de raming minder groot vermits hier een afvlakking van de verschillen in de eenheidsprijzen optreedt.

[...]

Gezien de hierboven vermelde vaststellingen kan geconcludeerd worden dat er in huidige aanbesteding geen onverklaarbare prijsafwijkingen zijn voorgekomen, en dat de inschrijvingsprijzen van de laagste regelmatige bieder kunnen aanvaard worden".

Vervolgens worden de offertes aan de gunningscriteria getoetst. Wat het criterium "uitvoeringstermijnen" betreft worden onder meer de volgende vaststellingen gedaan:

"Voor de deeltermijnen Kennedytunnel HP1(b) en HP2(b) samen:
* leunen de uitvoeringstermijnen van Betonac-Aswebo en Heijmans & co aan bij de toegelaten maximum uitvoeringstermijn;
* komt de opgave vanwege VB-VG-Wegebo uit op minder dan de helft van de toegelaten maximum uitvoeringstermijn. Deze opgave is uiterst krap. Analyse van de uitvoeringsplanning meegeleverd door VB-VG-Wegebo vertoont deze echter planningtechnisch geen onregelmatigheden (zie ook de beoordeling van het subcriterium planning op pagina 50). Met het gegeven dat voor de werken in de Kennedytunnel een werkregime van 24/24 uur en van 7/7 dagen, en mits het bereiken van een maximaal rendement door de aannemer ziet de gunningscommissie in deze krap opgegeven uitvoeringstermijn op zich geen reden deze inschrijving m.b.t. dit criterium als onrealistisch en/of niet haalbaar te beschouwen. Vanuit het oogpunt van verkeershinder en de ermee gepaard gaande 'maatschappelijke kost' is deze korte uitvoeringstermijn uiteraard zeer voordelig".

Ten slotte wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de thv Van Broekhoven - Van Gorp - Wegebo, en dit voor haar variante offerte 1.

3.6. Op 18 december 2002 beslist de Vlaamse minister van Mobiliteit, Openbare werken en Energie om de opdracht toe te wijzen aan de thv Van Broekhoven. Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Met een brief van 22 januari 2003 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partijen mee dat aan hun offertes geen gunstig gevolg werd gegeven.

3.8. Met een schrijven van 23 januari 2003 vragen de verzoekende partijen, overeenkomstig artikel 25, § 1, 3/ van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, om mededeling van de gemotiveerde toewijzingsbeslissing.

Bij brief van 24 januari 2003 wordt de verzoekende partijen de beslissing van 18 december 2002 toegezonden, doch zonder het bijhorende gunningsverslag. Dit laatste wordt hun toegezonden op 28 januari 2003.

IV. Onderzoek van de middelen

4. De verzoekende partijen voeren twee middelen aan tegen de bestreden beslissing.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partijen leiden een eerste middel af uit de schending van “de artikelen 110 en 96, §4 KB 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken, evenals van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel luidens welk elke beslissing op in feite juiste en in rechte pertinente motieven moet worden gesteund”.

5.1. Zij betogen dat, hoewel de verwerende partij in het kader van het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes en van de prijzen heeft vastgesteld

dat een aantal eenheidsprijzen een abnormaal karakter vertonen, zij geen rechtvaardiging heeft gevraagd aan de inschrijvers van deze als abnormaal te beschouwen eenheidsprijzen, zoals nochtans is vereist overeenkomstig artikel 110, §3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. De verwerende partij heeft daarentegen de vastgestelde abnormaliteit van de prijzen voor de posten uit de meetstaat zelf gerechtvaardigd aan de hand van zogenaamde "clusters". De twee "clusters" die de verwerende partij met het oog op de beoordeling van de (ab)normaliteit van de eenheidsprijzen heeft opgesteld, betreffen met name de "Cluster DGB-verharding" en de "Cluster Asfaltverharding", die door de verwerende partij zelf in het gunningsverslag worden bestempeld als behorend bij "de belangrijkste posten van de meetstaat".

De verantwoording van bepaalde klaarblijkelijk abnormale prijzen aan de hand van deze "clustermethode" is in rechte niet aanvaardbaar. De beoordeling van de (ab)normaliteit van de prijzen dient per post van de opmetingsstaat te gebeuren. Artikel 110, §3, van het voornoemde koninklijk besluit heeft het immers over rechtvaardigingen betreffende abnormale prijzen en niet over rechtvaardigingen in functie van clusters van prijzen. Het door de verwerende partij gehanteerde "clustersysteem" gaat derhalve geheel in tegen het door artikel 110 bepaalde systeem van beoordeling van de (ab)normaliteit van de prijzen. Het clustersysteem gaat er immers van uit dat abnormale prijzen voor welbepaalde posten mogen worden gecompenseerd door abnormale prijzen voor andere posten. De verzoekende partijen stellen dat "een en ander desgevallend in concreto zal blijken na inzage in het administratief dossier", doch dat reeds in het algemeen valt op te merken dat de aanvaarding van het clustersysteem speculatie in de hand kan werken, dit terwijl de prijzencontrole er juist toe moet strekken om speculatie uit te sluiten.

De door de verwerende partij gehanteerde clustermethode ligt bovendien niet in de lijn van een toelaatbare verantwoording overeenkomstig artikel 110, §3, tweede lid, van het voornoemde koninklijk besluit, waar enkel sprake is van "objectieve factoren" gesteund op de zuinigheid van het bouw- of productieprocédé of van de dienstverlening, of op de gekozen technische oplossingen, of op uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver

kan profiteren voor de uitvoering van de opdracht of op de originaliteit van het product, het ontwerp of het werk dat de inschrijver aanbiedt.

Als de prijzen niet per cluster worden beoordeeld, bestaan er extreme verschillen tussen de eenheidsprijzen, die niet kunnen worden verantwoord. Er dient dan ook te worden besloten dat de verwerende partij ten onrechte op grond van de clustermethode heeft aangenomen dat de blijkbaar abnormale prijzen die in de offerte van de thv Van Broekhoven voorkomen, kunnen worden gerechtvaardigd. Dergelijke abnormale prijzen kunnen echter in beginsel niet worden verantwoord op grond van de samenvoeging van meerdere posten met het oog op het uitvlakken van de extremen.

De verzoekende partijen werpen ten slotte nog op dat zij "vermoeden dat de [thv] Van Broekhoven effectief heeft gespeculeerd op de eenheidsprijzen voor de posten waarnaar in het verslag wordt verwezen". Zij "vermoeden met name dat de [thv] Van Broekhoven op een andere uitvoeringsmethode heeft geanticipeerd in welk geval de posten waarvoor abnormale lage prijzen werden opgegeven zouden komen te vervallen". Zij kondigen aan dit vermoeden in de memorie van wederantwoord te zullen onderbouwen aan de hand van de stukken van het administratief dossier.

6. In hun memorie van wederantwoord betogen de verzoekende partijen in de eerste plaats dat de door de verwerende partij gehanteerde clustermethode "de poort open[zet] voor speculatie en prijsmanipulatie waardoor de gelijkheid van de inschrijvers geschonden wordt en de opdrachtgevers riskeren veel meer te betalen bij de uitvoering door de goedgekeurde 'laagste' inschrijver die speculatieve prijzen neerlegde dan aan een - bij aanbesteding - 'hogere' inschrijver die correcte prijzen indiende".

Zij vervolgen hun betoog:

> "In casu blijkt dat de [thv] Van Broekhoven voor de meeste litigieuze posten van de meetstaat voor een aanzienlijk lager bedrag heeft ingeschreven. De inschrijvingsprijzen vanwege [thv] Van Broekhoven en [thv] Betonac-Aswebo voor de betrokken posten en de verschillen daartussen, zijn nl. de volgende:
>
> | | Betonac- Aswebo | [thv] Van Broekhoven | Verschil |
> |---|---|---|---|
> | Post 465 | 1.523.810,25 | 1.564.445,00 | - 40.634,75 |

Post 566	155.485,40	68.857,82	+86.627,58
Post 567	626.972,18	266.248,50	+360.723,68
Post 600	1.443.720,70	972.611,80	+471.108,86
Post 602	2.064.170,68	1.580.606,00	+483.564,46
Post 96	288.750,00	253.000,00	+35.750,00

> [...] De [thv] Van Broekhoven e.a. is te laag voor zowel het 'opbreken van de bestaande funderingen', als voor het 'aanleggen van de nieuwe funderingen'. Het blijkt dus dat het standpunt van het Vlaamse Gewest dat de 'clustermethode aan de aanbestedende overheid toelaat om op een meer precieze en realistische wijze na te gaan of voor een bepaald werk geen abnormale prijzen werden aangerekend (...)' niet klopt. De clustermethode is met name om de reeds uiteengezette redenen niet deugdelijk, waarvan de aangehaalde posten een voorbeeld zijn".

Ten slotte merken de verzoekende partijen nog op dat "de [thv] Van Broekhoven voor een aantal posten zeer laag heeft ingeschreven". Hierbij verwijzen zij "ten titel van voorbeeld" naar de volgende posten:

> "- post 58: Eenheidsprijs van € 1,94 tegenover eenheidsprijs verkoop die € 5,84 bedraagt;
> - post 89: Eenheidsprijs van € 1,94 tegenover eenheidsprijs verkoop die € 5,15 bedraagt;
> - posten 593 t.e.m. 595: Eenheidsprijs € 1,51 tegenover eenheidsprijs verkoop die € 3,75 bedraagt;
> - posten 596-597: Eenheidsprijs € 1,27 tegenover eenheidsprijs verkoop die € 5,15 bedraagt".

7. De verzoekende partijen erkennen in hun laatste memorie dat de verwerende partij bij de beoordeling van de (ab)normaliteit van de prijzen over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt. Dit kan echter niet worden gelijkgesteld met "een bevoegdheid tot het nemen van willekeurige beslissingen". De verwerende partij mag zich niet steunen op "ambtshalve en totaal niet technisch onderbouwde overwegingen" om te besluiten "dat er geen sprake is van abnormaal lage prijzen" en zich zo "aan een zich opdringend grondig en deugdelijk prijsonderzoek te onttrekken".

Zij wijzen er voorts op dat "het niet efficiënt beteugelen van abnormaal lage prijzen [...] op lange termijn, bijzonder nefaste gevolgen [heeft]", zoals een "onherstelbare aantasting [...] van het bedrijfseconomisch weefsel van een bepaalde sector" en dat aldus "mededinging geen welvaartsverhogende factor, maar integendeel een welvaartsvernietigende factor [wordt]".

Vervolgens betogen de verzoekende partijen dat de bewijslast inzake de abnormaliteit van de prijzen niet bij hen ligt -zij achten het voldoen aan deze "onmogelijke bewijslast" "een sisyfusarbeid", vermits de verwerende partij de door hen aangebrachte "prijselementen [...] die prima facie wijzen op een abnormaal laag karakter" zal afdoen als "eenzijdig" of "niet pertinent"- doch op de verwerende partij rust, die "geconfronteerd met prima facie abnormaal lage eenheidsprijzen, een deugdelijk prijsonderzoek [dient] in te stellen".

Ten slotte stellen de verzoekende partijen nog dat "in het licht van de aard van het aangevoerde middel [...] een deskundigenonderzoek in casu gerechtvaardigd [lijkt]".

Beoordeling

8.1. Artikel 96, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidt:

> "§ 4. De eenheidsprijzen en de totale prijzen voor iedere post van de samenvattende opmetingsstaat moeten worden opgegeven met inachtneming van de betrekkelijke waarde van die post ten opzichte van het totale bedrag van de offerte. Al de algemene en financiële onkosten alsmede de winsten moeten over de onderscheiden posten, in verhouding tot hun belangrijkheid, worden verdeeld".

Artikel 110, §§ 2 en 3, van ditzelfde koninklijk besluit van 8 januari 1996, luidde ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing:

> "§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.
>
> § 3. Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen tenzij de uitnodiging een langere termijn toestaat.
> Tijdens het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen, kan de aanbestedende overheid motiveringen in aanmerking nemen die zijn gebaseerd op objectieve factoren steunend op de zuinigheid van het bouw- of produktieprocédé of van de dienstverlening, of op de gekozen technische

oplossingen, of op uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren voor de uitvoering van de opdracht of op de originaliteit van het produkt, het ontwerp of het werk dat de inschrijver aanbiedt".

8.2. In beginsel dient de aanbestedende overheid te oordelen of de door een inschrijver geboden prijs al dan niet abnormaal is en of de offerte op die grond als onregelmatig moet worden verworpen. Indien het bestuur een offerte wegens abnormale eenheidsprijzen of totale prijzen wil afwijzen, moet het eerst de betrokken inschrijver om een verantwoording vragen.

Het bestuur beschikt hierbij over een ruime discretionaire bevoegdheid, des te meer nu er geen wettelijke of reglementaire definitie voorhanden is van het begrip "abnormaal lage prijs". De Raad van State mag zijn oordeel over de invulling van dit begrip niet in de plaats stellen van dat van het aanbestedende bestuur maar dient zich te beperken tot een wettigheidscontrole.

In dit kader moeten de door het aanbestedende bestuur in aanmerking genomen motieven voor de beslissing om de prijzen al dan niet abnormaal te achten -en in het eerste geval om de offerte al dan niet onregelmatig te verklaren- minstens steun vinden in de stukken die het bestuur voor het nemen van zijn beslissing heeft opgesteld en deugdelijk zijn in functie van de bijzonderheden en technische voorschriften eigen aan de opdracht.

Hierbij wordt nog opgemerkt dat de in artikel 110, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit, opgenomen opsomming van motieven die de aanbestedende overheid in aanmerking mag nemen niet limitatief is en slechts een aantal mogelijke aanvaardbare motieven weergeeft.

8.3. Te dezen dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij geen van de opgegeven eenheidsprijzen uitdrukkelijk als abnormaal heeft gekwalificeerd, maar wel heeft gewezen op de grote afwijkingen van bepaalde belangrijke eenheidsposten inzake asfalt en doorlopend gewapend beton tegenover de raming en de gemiddelde prijzen. De verwerende partij was hierbij van oordeel dat deze prijzen niet abnormaal zijn, onder meer omdat de diverse aannemers voor samenhangende posten ter zake soms een hoge prijs en soms een lage prijs boden, zodat er een grote afwijking bestaat tegenover de individuele posten, maar minder wanneer deze posten in een cluster worden beschouwd. Voor de afwijking van de

raming wordt aanvullend verwezen naar de impact van schaalvergroting en het gebruik van recyclage.

8.4. De verzoekende partijen tonen niet aan dat de beoordeling door het bestuur in rechte of in feite onjuist is. In de eerste plaats tonen zij niet concreet aan hoe de prijzen voor de posten waarnaar specifiek wordt verwezen, op zich abnormaal zijn. Verzoekende partijen poneren enkel dat deze te laag zijn in vergelijking tot hun eigen prijzen; vereist is echter dat ze abnormaal laag zijn, wat zij *in concreto* niet aantonen.

Het argument dat de thv Van Broekhoven zou speculeren op een andere uitvoeringsmethode wordt bovendien niet verder uitgewerkt.

Daarnaast verwijzen de verzoekende partijen in de memorie van wederantwoord nog naar bepaalde posten (die alle bepaalde uitgravingen betreffen met voorlopige opslag en soms verwijdering) waarvoor de thv Van Broekhoven zeer laag zou hebben ingeschreven, wat enkel wordt geconcretiseerd door die prijzen te vergelijken met een niet nader bepaalde “eenheidsprijs verkoop”. Dergelijke algemene en vage uitleg stelt de Raad bezwaarlijk in staat te oordelen of de verwerende partij de perken van de redelijkheid is te buiten gegaan door deze prijzen te aanvaarden en zij de betrokken inschrijving op die grond niet als onregelmatig diende aan te merken.

8.5. Het argument dat de verwerende partij geen rechtvaardiging heeft gevraagd voor de abnormale prijzen gaat eraan voorbij dat dit overeenkomstig artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 slechts is vereist wanneer het bestuur zich voorneemt een offerte wegens abnormale prijzen als onregelmatig af te wijzen.

8.6. Het middel is dan ook ongegrond in de mate dat het is gesteund op de schending van de artikelen 110 en 96, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en de schending van de motiveringsplicht.

8.7. In de mate dat in de memorie van wederantwoord nog sprake is van de schending van de gelijkheid van de inschrijvers is het middel niet ontvankelijk. Er wordt immers niet concreet toegelicht hoe te dezen de verschillende inschrijvers ongelijk werden behandeld - tenzij door de beweerde toepassing van de

clustermethode in het algemeen, wat dan samenvalt met de ingeroepen en reeds ongegrond bevonden schending van de artikelen 110 en 96, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en de motiveringsplicht - dit nog los van de vaststelling dat dit een niet ontvankelijk nieuw middel zou zijn, dat immers reeds in het inleidend verzoekschrift kon worden opgeworpen.

8.8. De argumentatie die de verzoekende partijen nog ontwikkelen in de laatste memorie is onvoldoende concreet, betreft het door de overheid te voeren beleid en is niet toegespitst op de voorliggende zaak.

Voorts wordt het verzoek in de laatste memorie tot het aanstellen van een deskundige enkel in voorwaardelijke bewoordingen aangebracht ("desgevallend") en niet nader toegelicht dan om "advies" te verstrekken omtrent het al dan niet abnormaal laag karakter van bepaalde door de thv Van Broekhoven in haar offerte opgenomen prijzen. Dit al te weinig concreet verzoek wordt dan ook verworpen.

8.9. Het eerste middel kan in zijn geheel niet worden aanvaard.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partijen putten het tweede middel uit de schending van "artikel 16 van de wet van 24 december 1993 en de artikelen 110, §2 jo. 89 KB 8 januari 1996".

9.1. Zij betogen daartoe dat een opdracht enkel mag worden gegund aan een inschrijver die een regelmatige offerte heeft ingediend, wat inhoudt dat deze offerte aan de door de aanbestedende overheid gestelde formele en inhoudelijke voorwaarden dient te voldoen. Het aanbod dat door de inschrijver wordt gedaan moet dus in elk opzicht beantwoorden aan het door het bestuur in mededinging gestelde project.

Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer zij afwijkt van de essentiële bepalingen van het bestek. Uit artikel 110 en artikel 89 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996, volgt dat de besteksvoorschriften

inzake prijzen, termijnen en technische specificaties in principe als essentieel dienen te worden beschouwd. De aanbestedende overheid beschikt ten aanzien van substantiële onregelmatigheden niet over een discretionaire beoordelingsvrijheid om een offerte al dan niet als onregelmatig te beschouwen. Zij is er integendeel toe verplicht dergelijke offerte buiten beschouwing te laten.

Volgens de verzoekende partijen is de offerte van de thv Van Broekhoven behept met afwijkingen van het bestek die de substantiële onregelmatigheid van deze offerte tot gevolg hebben. Zij richten hun in dit middel aangebrachte kritiek op twee elementen van deze offerte:
1. de voorgestelde uitvoeringstermijn van zestig dagen voor de werken aan de Kennedytunnel,
2. de randvoorwaarden die voor de tussenperiode 2 worden geformuleerd betreffende het verkeer op de ring richting Breda.

9.2. Wat betreft de uitvoeringstermijn van de werken aan de Kennedytunnel wijzen de verzoekende partijen er op dat deze werken uit twee deeltermijnen bestaan, deeltermijn HP1 (b) en HP2 (b). HP1 (b) betreft alle onderhoudswerken in de Kennedytunnel, kant Buitenring. HP2 (b) betreft alle onderhoudswerken in de Kennedytunnel, kant Binnenring. Voor elk van de beide deeltermijnen mag volgens het bestek de uitvoeringstermijn maximum 62 kalenderdagen bedragen. De thv Van Broekhoven gaf in haar offerte een uitvoeringstermijn aan van 30 kalenderdagen, zowel voor de deeltermijn HP1 (b) als voor de deeltermijn HP2 (b).

Volgens de verzoekende partijen is deze termijn van 30 kalenderdagen niet realistisch. In het kader van de onderhoudswerken aan de Kennedytunnel dient immers onder meer een fundering in schraal beton en een cementbetonverharding te worden aangelegd. De verzoekende partijen wijzen er op dat volgens het “Standaardbestek 250 voor de wegenbouw” bij dergelijke werken “een ‘wachtperiode’ van minstens 7 + 7 = 14 dagen [dient] te worden voorzien gedurende dewelke de verhardingszone ontoegankelijk is voor werfverkeer”. Volgens de verzoekende partijen kunnen “de andere in deze uitvoeringsperiodes voorziene werkzaamheden (aanpassen signalisatie - opbraakwerken bestaande toestand - vernieuwen van lineaire elementen van voetpaden en van rioleringen - heraanpassing van de omleidingsignalisatie) [...] onmogelijk in de resterende uitvoeringsperiode van 16 dagen (30 d - 14 d) worden uitgevoerd”.

De offerte van de thv Van Broekhoven is bijgevolg substantieel onregelmatig, nu de in deze offerte voorgestelde uitvoeringstermijn voor de werken aan de Kennedytunnel afwijkt van de technische bepalingen van het bestek, met name de bepalingen inzake de uitvoeringstermijn, die als essentiële besteksbepalingen dienen te worden beschouwd. De verwerende partij was dan ook verplicht om deze offerte als onregelmatig te verwerpen.

Het valt bovendien niet uit te sluiten dat de thv Van Broekhoven op speculatieve wijze heeft ingeschreven, waarbij zij de mogelijk verschuldigde maximumboete voor het overschrijden van de uitvoeringstermijn heeft verrekend teneinde een gunstige beoordeling te verkrijgen voor het criterium uitvoerings-termijn.

9.3. Wat het tweede punt van kritiek betreft - de randvoorwaarden die ten aanzien van het verkeer op de ring richting Breda worden geformuleerd - wijzen de verzoekende partijen op de volgende passage in het gunningsverslag:

> "7.3.3.5. Planning Technische Juistheid
> [...]
> - Bij een grondige analyse van de planning van VB-VG-Wegebo voor tussenperiode 2 (4de rijstrook + beperkt structureel onderhoud km 0 tot km 2,9) blijkt er een fout in de planning te zitten. Er wordt asfalt afgefreesd gedurende 16 uur per dag terwijl dit in de opgegeven periode maar gedurende beperkte uren tijdens de nacht mag. Op 23/04/2004 is de 4de rijstrook nog niet aangelegd en zijn de overige 3 rijstroken tot op de fundering afgefreesd. Dit betekent dat de ring compleet is afgesloten richting Breda. Dit is niet toegestaan. Vermoed wordt dat dit eerder een planningstechnische fout is i.p.v. echte opzet. Door herschikking van de taken binnen de opgegeven termijn (105 kalenderdagen) is dit wel te vermijden".

Volgens de verzoekende partijen gaat het niet op om "louter te 'vermoeden' dat de offerte van de [thv] Van Broekhoven terzake een louter planningstechnische fout betreft". Volgens hen betreft het geen "onschuldige vergissingen" op planningtechnisch vlak, maar het gaat wel degelijk om afwijkingen van een bindende planning. Uit deze overwegingen van het gunningsverslag blijkt dat de uitvoeringsplanning van de thv Van Broekhoven een essentiële besteksbepaling schendt, namelijk de vooropgestelde termijnen, en aldus als substantieel onregelmatig diende te worden aangemerkt.

10.1. In hun memorie van wederantwoord hernemen de verzoekende partijen hun bewering dat de thv Van Broekhoven op het vlak van de

uitvoeringstermijn voor de werken aan de Kennedytunnel een speculatieve offerte heeft ingediend. Zij verwijzen naar een nota uit het administratief dossier "Aanvullende nota betreffende de geoffreerde uitvoeringstermijnen voor de Kennedytunnel en de toepassing van de Bonus/Malus", waaruit volgens hen blijkt dat "de maximale 'malus' (boete dus) bij overschrijding van de deeltermijnen reeds bereikt werd na 1 dag en dat deze voor de offerte van de [thv] Van Broekhoven alsdan slechts € 163.454,86 voor de twee fasen samen bedragen".

Op die wijze kan men volgens de verzoekende partijen "zeer eenvoudig een lage onrealistische termijn overeenkomen". De verwerende partij had deze conclusie zelf moeten trekken aan de hand van haar eigen "Aanvullende nota".

10.2. De verzoekende partijen brengen vervolgens nog een andere bij het administratief dossier gevoegde nota te berde, uitgaande van de thv Van Broekhoven en gedateerd op 25 november 2002. Deze nota luidt onder meer als volgt:

> "Nota m.b.t. de werken uit te voeren in de hoofdperiode 2
>
> Gezien een belangrijke termijnverkorting t.o.v. de in het bestek vooropgestelde termijn aangeboden wordt, moet het risico op verletdagen in de kalendertermijn maximaal gereduceerd worden.
>
> Daarom is deze vooropgestelde kalendertermijn gekoppeld aan een aanvang der werken op 3 mei 2005 in gezamenlijk overleg met de opdrachtgever".

De verzoekende partijen stellen dat het hun onduidelijk is waarom de thv Van Broekhoven deze nota heeft opgesteld. Vermits de datum 3 mei 2005 binnen de periode "uiterste begin- en einddatum" bepaald in het bestek ligt, kan volgens hun "voorbehoud" "de enige reden zijn"

10.3. In een nieuw onderdeel voeren de verzoekende partijen nog aan dat uit een vergelijking van de "kwaliteitsnota's" van de verzoekende partijen met de nota's toegevoegd door de thv Van Broekhoven een groot kwaliteitsverschil blijkt. Dit verschil wordt onvoldoende weerspiegeld in de score van de offertes voor het gunningscriterium "kwaliteit", waarbij de verzoekende partijen 8,71 punten op 25 punten behaalden, tegenover 7,19 punten op 25 voor de offerte van de thv Van Broekhoven.

De verzoekende partijen merken in dit verband nog op dat zij “de indruk” hebben dat de scores voor de verschillende subcriteria “kwaliteit” kunstmatig laag werden gehouden om de offerte van de thv Van Broekhoven te kunnen goedkeuren.

11. In de laatste memorie voeren de verzoekende partijen een betoog over “het schrijnend gebrek aan een effectieve rechtsbescherming inzake overheids-opdrachten bij middelen die een technische inslag hebben”. Voorts wijzen zij er op dat vermits er “effectief sprake is van een afwijking van een substantiële besteksbepaling”, op de verwerende partij de verplichting rust om “een grondige, draagkrachtige en technisch onderbouwde motivering uit te werken op basis waarvan zij, niettegenstaande gedane vaststelling, de offerte van de thv Van Broekhoven als regelmatig kon beschouwen”. Ten slotte vragen zij ook wat het tweede middel betreft om een deskundige aan te stellen.

Beoordeling

12.1. Inzake het argument dat de offerte van de thv Van Broekhoven substantieel onregelmatig is wat betreft de termijn voor de uitvoering van de onderhoudswerken aan de Kennedytunnel, stelt het gunningsverslag dat deze termijn weliswaar “uiterst krap” is, maar voegt het hier aan toe dat de uitvoeringsplanning geen onregelmatigheden bevat op planningstechnisch vlak en dat de planning met een werkregime van 24/24 u en 7/7 dagen en mits het bereiken van een maximaal rendement niet onrealistisch of onhaalbaar is.

Door enkel te verwijzen naar de periodes van twee maal 7 dagen waarin niet zou kunnen worden gewerkt in afwachting van de verharding van het beton en enkel te affirmeren dat de resterende 16 dagen onvoldoende zijn, ontkrachten de verzoekende partijen de opvatting in het gunningsverslag van de verwerende partij hierover niet.

De verzoekende partijen gaan hierbij bijvoorbeeld zonder meer voorbij aan het feit dat de verwerende partij aanneemt dat de thv Van Broekhoven een opsplitsing in de langsrichting maakt zodat tijdens de aanleg en de verharding van de betonverharding aan de ene zijde parallel werken aan de andere zijde gebeuren.

Voorts wordt vastgesteld dat de verzoekende partijen in hun memorie van wederantwoord zelf uitdrukkelijk erkennen dat de verwerende partij niet uitgaat van een wachttermijn van 14 dagen, maar van 11 à 12 dagen, zodat de resterende periode niet 16 dagen maar 18 tot 19 dagen is. In dit verband stellen de verzoekende partijen enkel dat dit “in essentie niet veel verschil uitmaakt”, terwijl het echter om bijna 10% van de voorgestelde termijn gaat.

Ook in de mate dat de verzoekende partijen in de memorie van wederantwoord nog opwerpen dat de thv Van Broekhoven speculeert aangezien het enige risico dat deze inschrijver loopt een maximale malus is van 163.454,26 euro, die dient betaald bij termijnoverschrijding en dat de maximale malus reeds wordt bereikt per fase bij overschrijding van de termijn met 1 dag, maken zij in de eerste plaats niet aannemelijk dat de door deze inschrijver voorgestelde uitvoeringstermijn niet realistisch is. Het speculatief karakter van deze termijn wordt bijgevolg ook niet aangetoond.

12.2. In de mate dat in dit verband in de memorie van wederantwoord wordt gewezen op een nota van 25 november 2002, waarin de thv Van Broekhoven de vooropgestelde kalendertermijn koppelt aan de aanvang der werken op 3 mei 2005 in gezamenlijk overleg met de opdrachtgever, wat volgens de verzoekende partijen enkel zou kunnen worden geïnterpreteerd als een voorbehoud, gaat het in de eerste plaats om een nieuw middel dat reeds in het verzoekschrift kon worden geformuleerd. Daarnaast wordt niet aangegeven van welke essentiële bestekbepaling wordt afgeweken. Integendeel erkennen de verzoekende partijen zelf dat deze datum valt binnen de periode “uiterste begin- en einddatum” bepaald in het bestek.

12.3. Inzake het onderdeel dat het gunningsverslag erop wijst dat de planning van de thv Van Broekhoven voor tussenperiode 2 zou inhouden dat de ring in één richting compleet is afgesloten, doch dat het vermoedelijk gaat om een fout die kan worden rechtgezet door verschuivingen in de uitvoeringstermijn, wordt door de verzoekende partijen niet aangetoond waarom de verwerende partij niet kon oordelen dat het hier ging om een fout en niet om opzet, welke fout kon worden verholpen door herschikkingen binnen de opgegeven termijn. Op deze wijze geeft de verwerende partij overigens meteen aan waarom de planning van de thv Van Broekhoven niet indruist tegen een essentiële bestekvoorwaarde aangezien het verkeer op de ring richting Breda, door een herschikking van de taken, niet wordt afgesloten.

12.4. Voorts wordt in de memorie van wederantwoord, als nieuw element, aangevoerd dat uit een vergelijking van de kwaliteitsnota's van de verzoekende partijen met de nota's toegevoegd door de thv Van Broekhoven een groot kwaliteitsverschil blijkt, dat onvoldoende wordt weerspiegeld in de score voor het gunningscriterium "kwaliteit". Hierdoor hebben de verzoekende partijen "de indruk" dat de scores voor de verschillende subcriteria kwaliteit door de verwerende partij kunstmatig laag werden gehouden om de offerte van de de thv Van Broekhoven te kunnen goedkeuren.

Het formuleren van een "indruk" kan niet worden beschouwd als het aanvoeren van een annulatiemiddel. Voorts wordt niet nader geconcretiseerd waarom de toegekende punten kunstmatig laag zouden zijn. Op dit punt is het middel dan ook niet ontvankelijk.

12.5. Wat ten slotte het betoog in de laatste memorie betreft wordt vastgesteld dat, voorzover het al niet laattijdig is, ook inzake het tweede middel de daarin vervatte argumentatie onvoldoende concreet is.

Uit het voorafgaande is reeds gebleken dat de verwerende partij mocht beslissen dat de offerte van de thv Van Broekhoven niet afwijkt van substantiële besteksbepalingen en dat deze beslissing wordt geschraagd door een "draagkrachtige en technisch onderbouwde motivering", die door de verzoekende partijen wordt verlangd in de laatste memorie.

Het voorstel om een deskundige aan te stellen is met dezelfde tekortkomingen behept als het verzoek daartoe in het kader van het eerste middel. Het wordt dan ook om dezelfde redenen verworpen.

12.6. Het tweede middel is in zijn geheel niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 november 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**