

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.051 van 14 juni 2016
in de zaak A. 214.580/XII-7790**

In zake: 1. de NV AANNEMINGSBEDRIJF CFE
2. de NV DREDGING INTERNATIONAL
die samen een tijdelijke handelsvennootschap vormen
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker
kantoor houdend te 1040 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 december 2014, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing *sine dato* van de nv Waterwegen en Zeekanaal [...] waarbij werd besloten de overheidsopdracht ‘Zeeschelde R.O. te Antwerpen project herinrichting Scheldekaaien uitvoeringsfase. Kaaimuurstabilisatie Zone Nieuw Zuid (d’Herbouvillekaai en Ledeganck-kaai)’ aan de thv Roegiers-Herbosch Kiere-Hye toe te wijzen” alsook van “de impliciete beslissing *sine dato* om deze overheidsopdracht niet aan [de nv Aannemingsbedrijf CFE en de nv Dredging International] toe te wijzen”. Voorts vorderen de nv Aannemingsbedrijf CFE en de nv Dredging International “schadevergoeding [tot herstel] die voorlopig wordt begroot op minstens tien % van 56.544.990,70 [euro] zijnde een bedrag van 5.654.499,07 [euro]”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Adjunct-auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 april 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker, die verschijnen voor de verzoekende partijen, en advocaten Joris Wouters en Simon Verhoeven, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Thomas Maes, hiertoe gemachtigd bij beslissing van 21 oktober 2015 van de adjunct-auditeur-generaal, 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, via de afdeling Zeeschelde, een open offerteaanvraag uit voor een opdracht van werken, in de aankondiging genoemd “Zeeschelde R.O. te Antwerpen. Project Herinrichting Scheldekaaien. Uitvoeringsfase. Kaaimuur-stabilisatie Zone Nieuw Zuid (d’Herbouvillekaai en Ledeganckkaai)”.

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

De opdracht wordt op 15 oktober 2013 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 17 oktober 2013 in het Supplement van het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Het bijzonder bestek nr. 16EI/13/25 is van toepassing op de opdracht. Het bestek geeft de volgende algemene beschrijving van de uit te voeren werken:

“Doel van de aanneming

Het voorwerp van deze opdracht is de renovatie van de kaaimuur van boldernummers 106 tot en met 149 van de Scheldekaaien deel Nieuw Zuid in Antwerpen. Het betreft de voormalige terreinen van het bedrijf Mexiconatie aan de Ledeganckkaai en de D’Herbouvillekaai te Antwerpen.

De bestaande historische kaaimuren in de projectzone vertonen ernstige tekenen van instabiliteit. Daarom werden de overslagactiviteiten die in deze zone plaatsvonden, in januari 2013 om veiligheidsredenen stopgezet. Het terrein is thans volledig ontruimd. Om te vermijden dat de kaaimuur zou instorten heeft de aanbestedende overheid de afgelopen maanden reeds enkele dringende, tijdelijke instandhoudingswerken uitgevoerd. Concreet werd de kaaimuur over een lengte van ca. 100 meter ontgraven en werd over een lengte van ca. 400m een kleibestorting aan de teen van de kaaimuur aangebracht.

Beschrijving der werken

Voor een gedetailleerde omschrijving van de werken wordt verwezen naar de Technische Bepalingen.

De werken omvatten in hoofdzaak:

- ☐ Het opbreken van de bestaande gemetselde kaaimuur. Het voorvlak en de deksteen van de kaaimuur in natuursteen, wordt omzichtig afgebroken met als doel deze te hergebruiken bij de opbouw van de nieuwe kaaimuur. Ook de bestaande bolders worden voorzichtig uitgebroken met als doel ook deze te hergebruiken.
- ☐ Het opbreken van de funderingscaissons van de bestaande kaaimuren.
- ☐ Het opbreken van het gemetselde ontlastingsgewelf achter de kaaimuur in de zone van bolder 130 tot 146;
- ☐ Het opbreken van een hoogspanningscabine;
- ☐ Het opbreken van de bestaande bevloering (incl. oude treinsporen, betonnen muren op kaaiterrein) over een zone van ongeveer 50 meter vanaf het dagvlak van de kade;
- ☐ Het plaatsen van een ankerwand (damwand) op ongeveer 40 meter van de rand van de kaai.

- ☐ Het onder talud uitgraven van de zone tussen de bestaande kaaimuur en de nieuwe ankerwand.
- ☐ Het plaatsen van een nieuwe combiwand ter plaatse van de afgebroken kaaimuur, verankerd aan de nieuwe ankerwand;
- ☐ Het terug aanvullen van het terrein tot het oorspronkelijke maaiveldniveau;
- ☐ Het reconstrueren van het historische uitzicht van de kaaien. Dit gebeurt door het plaatsen van een nieuw kade voorvlak tot niveau +5m TAW met nieuw structuurbeton, het plaatsen van een nieuw kadevoorvlak vanaf niveau +5m TAW met gerecupereerde natuursteen en het (her)plaatsen van de dekstenen in blauwe hardsteen.
- ☐ Het afwerken van de nieuwe kaaimuur met wrijfhouten, ladders en gerecupereerde bolders;
- ☐ Het plaatsen van de bevoering van het opgebroken terrein achter de kaaimuur.”

De gunningscriteria worden als volgt omschreven in het bestek:

“Art. 25 Gunningscriteria

Voor de aanwijzing van de voordeligste regelmatige offerte wordt rekening gehouden met navermelde gunningscriteria en puntenverdeling:

- ☐ Criterium 1: Het offertebedrag
- ☐ Criterium 2: De kwaliteit van het plan van aanpak

Criterium 1: het offertebedrag (maximum 60 punten) [...]

Criterium 2: De kwaliteit van het plan van aanpak (maximum 40 punten)

De inschrijver dient in zijn offerte aan te geven op welke manier hij voorziet om bepaalde cruciale onderdelen van het werk uit te voeren. De kwaliteit van het door de inschrijver voorgestelde plan van aanpak voor elk van deze cruciale onderdelen zal worden beoordeeld.

De aanbestedende overheid benadrukt het belang dat ze hecht aan de geslaagde uitvoering van de opdracht, die geheel de verantwoordelijkheid van de aannemer is. Bij de beoordeling van de kwaliteit van het plan van aanpak zal de aanbestedende overheid streng oordelen over het inzicht van de inschrijvers in de aanpak van de werken.

Zij behoudt zich het recht voor om een offerte die op één of meer subcriteria niet voldoet, te weren wegens materiële onregelmatigheid (niet-conformiteit met de technische voorschriften van de opdracht). De aanbestedende overheid is van oordeel dat een plan van aanpak dat louter bestaat uit algemene teksten en informatie en dat niet op maat van het specifieke project is geschreven, niet als kwalitatief kan worden beschouwd. Onder een kwalitatief plan van aanpak wordt verstaan een

beschrijving die *to the point* is, op maat van het project is opgemaakt en die aantoont dat de inschrijver de problematiek begrijpt en hiervoor een gedegen, weldoordachte oplossing aanbiedt.

Uit zijn plan van aanpak dient te blijken dat de inschrijver inzicht heeft in de complexiteit van de geplande werken en het bijzonder karakter ervan (werken aan en nabij een historische en instabiele constructie, nabijheid van stedelijk gebied, werken langs een getijdenrivier, een van de pilootprojecten in het kader van de herinrichting van de Scheldekaaien waardoor het verwerven van draagvlak belangrijk is, ...) en hoe hij hiermee zal omgaan.

Dit criterium wordt onderverdeeld in 4 subcriteria die elk afzonderlijk aan bod dienen te komen in een plan van aanpak en die ook afzonderlijk zullen worden beoordeeld.

- subcriterium 1: kwaliteit van het plan van aanpak voor de afbraak van de historische kaaimuur inclusief de stalen funderingscaissons (10 punten)

In eerste instantie worden de achterwand, de dwarswanden en de aansluiting tussen de dwarswanden en de naastliggende oude kaaimuur gerealiseerd voor een bepaalde zone. Vervolgens dienen in deze zone de bestaande historische kaaimuur (en de eventueel aanwezige ontlastingsgewelven) volledig verwijderd te worden en dient het op de aanbestedingsplannen getoonde uitgravingsprofiel gerealiseerd te worden.

De aannemer dient voor het afbreken van de historische kaaimuur inclusief de stalen funderingscaisson zijn eigen uitvoeringsmethode en –fasering uit te werken. Deze door de aannemer vrij te kiezen methoden en fasering dienen evenwel minstens te voldoen aan de bepalingen opgelegd in dit bestek.

Er wordt uitdrukkelijk op gewezen dat de opdrachtnemer een resultaatsverbintenis aangaat, in het bijzonder voor wat betreft de volledige afbraak van de historische kaaimuur inclusief de stalen funderingscaissons en inclusief de –indien van toepassing– aanwezige ontlastingsgewelven. De aanvaarding van het plan van aanpak door de aanbestedende overheid kan geenszins worden beschouwd als een akkoord van de aanbestedende overheid om de opdrachtnemer te ontslaan van deze resultaatsverbintenis noch van zijn verantwoordelijkheid m.b.t. de uitvoering. De aanbestedende overheid benadrukt de complexiteit van de werken. Indien de aannemer moeilijkheden ondervindt tijdens de uitvoering, dient hij het nodige te doen om toch het gewenste resultaat te bereiken.

De inschrijver beschrijft in zijn plan van aanpak voor dit onderdeel van de werken minstens volgende aspecten:

☐ de fasering van de afbraakwerken en uitgravingen, rekening houdend met de instabiliteit van de bestaande kaaimuren en rekening houdend met de aanwezige getijdenwerking;

- ☐ uitvoeringsmethoden voor de afbraak van de historische kaaimuur en de ontlastingsgewelven, zowel boven als onder water;
- ☐ risico-analyse: de aanbestedende overheid hecht veel belang aan een goede risico-beheersing tijdens de uitvoering van de werken. Daarom dient de inschrijver bij zijn offerte een risico-analyse te voegen waarin duidelijk wordt omschreven welke risico's (risico is hierbij ruim te interpreteren) er bestaan en welke maatregelen hij zal treffen om nadelige gevolgen ten gevolge van de uitvoering van de werken tot een minimum te beperken. Hierbij denkt de opdrachtgever aan volgende risico's:
 - ☐ huidige instabiele toestand van de bestaande kaaimuren,
 - ☐ schade aan de te recupereren parementsteen,
 - ☐ werken in een bouwput die in open verbinding staat met de Schelde,
 - ☐ omgevingsinvloeden (bv. trillingen, geluidshinder, ...) tijdens de uitvoering van de werken,
 - ☐ achterblijven van bodemvreemde materialen in de ondergrond die het inbrengen van de voorwand kunnen bemoeilijken,
 - ☐ schade aan de niet af te breken delen van de nabijgelegen instabiele historische kaaimuur,
 - ☐ schade aan de reeds gestabiliseerde delen van de kaaimuur,
 - ☐ ...

Het is aan de inschrijver om deze niet-limitatieve lijst te vervolledigen op basis van zijn eigen inzichten en in functie van de door hem uitgewerkte fasering en uitvoeringsmethode. De risico-analyse dient op maat geschreven te zijn, toegepast op de voorgestelde uitvoeringsmethoden en fasering en rekening houdend met het bijzondere karakter van de voorliggende opdracht.

- subcriterium 2: kwaliteit van het plan van aanpak voor het grondverzet (10 punten) [...]

- subcriterium 3: kwaliteit van het plan van aanpak voor het inbrengen van de combiwanden en damwanden (15 punten) [...]

- subcriterium 4: kwaliteit van het plan van aanpak voor de realisatie van de bouwput achter de ankerwand (5 punten) [...]

Voorts wordt in het bestek bepaald dat de opdracht bestaat uit elf deelcontracten, die zijn opgedeeld in vaste en voorwaardelijke gedeelten:

“Vaste gedeelten:

Deelcontract 1: Bouw kaaimuur zone 1

Deelcontract 11: leveren, plaatsen en onderhouden van directie- en infokeet

Voorwaardelijke gedeelten:

Deelcontract 2: Bouw kaaimuur zone 2
Deelcontract 3: Bouw kaaimuur zone 3
Deelcontract 4: Bouw kaaimuur zone 4
Deelcontract 5: Bouw kaaimuur zone 5
Deelcontract 6: Verhardingen zone 1
Deelcontract 7: Verhardingen zone 2
Deelcontract 8: Verhardingen zone 3
Deelcontract 9: Verhardingen zone 4
Deelcontract 10: Verhardingen zone 5

Bij de beoordeling van de gunningscriteria wordt steeds de volledige offerte (de vaste én voorwaardelijke gedeelten) in aanmerking genomen.”

Daarnaast wordt in het bestek in artikel 76, § 1, bepaald dat het deelcontract 1 moet worden uitgevoerd in 220 werkdagen.

3.3. Op 25 november 2013 worden de inschrijvingen geopend. Vier inschrijvers hebben een offerte ingediend, namelijk de verzoekende partijen, de nv Besix, de nv Denys en de uiteindelijk gekozen inschrijver, de thv Roegiers-Herbosch Kiere-Hye.

3.4. Op 24 april 2014 wordt een beoordelingsverslag opgesteld. Alle vier de inschrijvers worden geselecteerd. In het kader van het onderzoek naar de materiële regelmatigheid van de offertes wordt onder meer opgemerkt:

“1. Inhoudelijke en technische conformiteit van de offerte
De offertes zijn conform aan de essentiële administratieve en technische bepalingen van de opdrachtdocumenten.”

Vervolgens wordt vastgesteld dat de offerte van de nv Denys onregelmatig is wat betreft de aspecten veiligheid en gezondheid. De offerte van de nv Besix wordt substantieel onregelmatig bevonden in het kader van het prijsonderzoek.

Bijgevolg worden enkel de offerte van de verzoekende partijen en die van de thv Roegiers-Herbosch Kiere-Hye getoetst aan de gunningscriteria.

Voor het eerste gunningscriterium, de prijs, behaalt de offerte van de verzoekende partijen met een prijs van 56.554.990,70 euro een score van 50,9 op 60 punten. De offerte van de thv Roegiers-Herbosch Kiere-Hye behaalt met een prijs van 47.945.806,47 de maximumscore van 60 punten.

Wat het tweede gunningscriterium ‘De kwaliteit van het plan van aanpak’ betreft, behalen de offertes van de twee overblijvende inschrijvers de volgende scores voor de vier subcriteria:

	De offerte van de verzoekende partijen	De offerte van de thv Roegiers-Herbosch Kiere-Hye
Subcriterium 1: kwaliteit van het plan van aanpak voor de afbraak van de historische kaaimuur inclusief de stalen funderingscaissons	8/10	7/10
Subcriterium 2: kwaliteit van het plan van aanpak voor het grondverzet	8/10	6,5/10
Subcriterium 3: kwaliteit van het plan van aanpak voor het inbrengen van de combiwanden en damwanden	9/15	10/15
Subcriterium 4: kwaliteit van het plan van aanpak voor de realisatie van de bouwput achter de ankerwand	3/5	3/5
Totaal voor gunningscriterium 2	28/40	26,5/40

De beoordeling van de beide offertes voor subcriterium 1 ‘kwaliteit van het plan van aanpak voor de afbraak van de historische kaaimuur inclusief de stalen funderingscaissons’ luidt als volgt:

“THV Roegiers – Herbosch Kiere – Hye

Fasering

Deze inschrijver is de enige die voor de uit te voeren werken een tijdsplanning heeft toegevoegd. Op deze manier is duidelijk voor welke fase welke uitvoeringstermijn wordt voorzien. Dit wordt als een positief punt geëvalueerd.

Echter is de fasering eerder op hoofdlijnen en niet in detail verder uitgewerkt. Ook is er over een aantal fases onduidelijkheid aangezien de beschrijving van de fasering in de tekst soms tegenstrijdig is met hetgeen op de faseringsplannen en -tekeningen is aangegeven.

Uitvoeringsmethoden voor de afbraak van de historische kaaimuur en de ontlastingsgewelven, zowel boven als onder water

- **Uitbreken van de natuursteen**

Het uitbreken van de natuursteen geschiedt volledig met kranen vanop een ponton. In vergelijking met de methode voorgesteld door de andere inschrijver, lijkt deze methode onvoldoende omzichtig en te weinig aangepast aan de wens van de aanbestedende overheid om zoveel mogelijk natuursteen van de historische kaaimuur te recupereren.

- **Afbraak van het metselwerk**

In functie van de voorgestelde uitvoeringsmethode dienen een heel aantal gaten te worden geboord doorheen het historisch metselwerk en de stalen funderingscaisson. Er is echter niet aangegeven of de stabiliteit van de historische en thans reeds instabiele kaaimuur door het grote aantal boorgaten in het metselwerk niet nog meer in het gedrang zou komen. Dit wordt beschouwd als een aandachtspunt, eigen aan de voorgestelde methodiek, dat onvoldoende werd onderzocht.

Uit de referenties die worden vermeld, blijkt dat de inschrijver reeds ervaring heeft met de methodiek voor afbraak die hij voorstelt, echter blijkt de concrete toepassing van deze kennis in de voorliggende offerte onvoldoende.

Een positief punt bij deze offerte is het feit dat is aangegeven welke methodiek zal worden toegepast indien de voorgestelde uitvoeringsmethode zou mislukken.

Ook het feit dat deze inschrijver tussentijdse peilingen voorziet om de afbraakwerken onder water op te volgen, wordt als een sterk punt beschouwd.

- **Afbraak van de caisson**

De methodiek voor het afbreken van de caisson is duidelijk toegelicht.

De offerte gaat evenwel niet in op de eventuele problemen die holtes in het beton kunnen veroorzaken bij het exploderen van dit beton in de caisson. Dit wordt beschouwd als een aandachtspunt, eigen aan de voorgestelde methodiek, dat onvoldoende werd onderzocht.

- **Afbraak van de ontlastingsgewelven**

Bij de afbraak van de ontlastingsgewelven wordt de kraan bovenop de gewelven gepositioneerd en worden diepe uitgravingen gerealiseerd aan de rand van de nog niet uitgebroken gewelven. Uit de offerte blijkt niet dat voor deze uitvoeringsmethode ook de stabiliteit van de gewelven in deze omstandigheden werd nagekeken. De stabiliteit van de gewelven wordt beschouwd als een risico, eigen aan de voorgestelde methodiek, dat onvoldoende werd onderzocht.

Deze inschrijver voorziet enkel om de funderingspalen af te frezen tot het niveau van de uitgraving, het is echter niet duidelijk hoe bij het verdichten van de gronden zal worden omgegaan met de nog aanwezige palen. Dit

wordt beschouwd als een aandachtspunt, eigen aan de voorgestelde methodiek, dat onvoldoende werd onderzocht.

Risicoanalyse

Er is een risicoanalyse toegevoegd die ingaat op de specifieke stappen, eigen aan de voorgestelde methodiek voor de afbraak. Er wordt in zeer algemene zin ingegaan op de aandachtspunten zoals vermeld in het bestek.

TV MBG – Dredging International

Fasering

Er is een fasering voor de afbraak van de kaaimuur uitgewerkt. Om echter een totaalbeeld te krijgen van de fasering, dient het plan van aanpak voor de afbraak van de kaaimuur te worden samengelezen met het plan van aanpak voor het grondverzet. Dit maakt het afleiden van de precieze fasering minder eenduidig, hetgeen als een minder punt wordt beschouwd. Er zijn berekeningen van de tussentijdse fasen bij afbraak toegevoegd, wat als een positief punt wordt beschouwd.

Uitvoeringsmethoden voor de afbraak van de historische kaaimuur en de ontlastingsgewelven, zowel boven als onder water

- Uitbreken van de natuursteen

De uitvoeringsmethode voor het uitbreken van de te recupereren natuursteen is duidelijk toegelicht. De meeste handelingen, m.u.v. het hijsen van de blokken, gebeuren manueel en met aangepast gereedschap. Een overzicht m.i.v. de specificaties van het gereedschap zijn toegevoegd. Deze uitvoeringsmethode komt tegemoet aan de uitdrukkelijke wens van de aanbestedende overheid om de natuursteen uit de historische kaaimuur zoveel als mogelijk te kunnen recupereren.

- Afbraak van het metselwerk

In de offerte is de uitvoeringsmethode voor de afbraak toegelicht. Deze is helder. De stabiliteit van de historische muur tijdens de afbraakwerken is nagerekend.

- Afbraak van de ontlastingsgewelven

De methodiek voor de afbraak van de ontlastingsgewelven is duidelijk toegelicht.

Het feit dat deze inschrijver in zijn uitvoeringsmethodiek voorziet om de funderingspalen onder de ontlastingsgewelven te verwijderen, wordt als een positief punt beschouwd.

- Afbraak van de caisson

De methodiek voor het afbreken van de caisson wordt toegelicht.

Het feit dat deze aannemer na het uitbreken van een caisson m.b.v. verschillende meettechnieken zal bepalen of er nog bodemvreemd

materiaal aanwezig is in de zone van de toekomstige combiwand, wordt als een positief aspect beschouwd.

Risicoanalyse

Er is een risicoanalyse toegevoegd die ingaat op de specifieke stappen, eigen aan de voorgestelde methodiek voor de afbraak. Er wordt in zeer algemene zin ingegaan op de aandachtspunten zoals vermeld in het bestek.

De inschrijver besteedt in zijn risicoanalyse daarenboven ook aandacht aan het imago van het project. Gelet op de stedelijke context van het project en het feit dat het een zeer zichtbaar pilootproject betreft (hetgeen ook in het bestek wordt benadrukt), is dit een terecht aandachtspunt.”

De offerte van de thv Roegiers-Herbosch Kiere-Hye behaalt een totaalscore van 86,5/100 en wordt daarmee als eerste gerangschikt. De offerte van de verzoekende partijen komt met een score van 78,9/100 op de tweede plaats. Als besluit wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de thv Roegiers-Herbosch Kiere-Hye, die de meest voordelige regelmatige offerte blijkt te hebben ingediend.

3.5. Vervolgens neemt de verwerende partij op ongekende datum de thans bestreden beslissing om de opdracht te gunnen aan de thv Roegiers-Herbosch Kiere-Hye voor een bedrag van 47.945.806,47 euro, btw niet inbegrepen.

De gunningsbeslissing verwijst ter motivering naar het beoordelingsverslag van 24 april 2014, “dat bij deze beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt” en waarvan “het besluit [...] geheel wordt onderschreven”.

3.6. Bij brief van 28 oktober 2014 brengt de verwerende partij de verzoekende partijen ervan op de hoogte dat hun offerte niet werd gekozen.

Bij brief van 31 oktober 2014 aan de verwerende partij betwisten de verzoekende partijen de rechtsgeldigheid van de gunningsbeslissing. De verwerende partij antwoordt met een schrijven van 6 november 2014.

3.7. Op 12 november 2014 dient de nv Besix – wiens offerte substantieel onregelmatig werd bevonden in het kader van het prijsonderzoek – een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State tegen de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing, zaak gekend bij de Raad onder het rolnummer A. 214.209/XII-7770.

Met een arrest nr. 229.578 van 16 december 2014 verwerpt de Raad van State deze vordering bij gebrek aan ernstige middelen. Er wordt geen annulatieberoep ingediend.

3.8. Op 22 december 2014 stellen de verzoekende partijen het voorliggende beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schadevergoeding tot herstel in.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4.1. Op 31 maart 2016 leggen de verzoekende partijen een aanvullend schrijven neer waarin zij wijzen op – volgens hen – “relevante en zelfs cruciale feiten” die zich hebben voorgedaan sinds het neerleggen van hun laatste memorie.

4.2. Bij aangetekende brief van 4 april 2016 werpt de verwerende partij op dat voormeld schrijven uit het debat moet worden geweerd, in essentie omdat de procedureregeling daarin niet voorziet.

4.3. De procedureregeling voorziet inderdaad niet in de mogelijkheid om na de laatste memorie nog een aanvullend schrijven als processtuk neer te leggen. Het is de partijen echter wel toegestaan om nieuwe feiten die een invloed kunnen hebben op de ontvankelijkheid of de gegrondheid van het beroep, aan de Raad van State ter kennis te brengen. In zoverre het door de verzoekende partijen neergelegde schrijven op dergelijke feiten betrekking zou hebben, mag het dan ook bij de zaak worden betrokken. In zoverre dit schrijven geen betrekking heeft op dergelijke feiten, maar de neerslag vormt van de uiteenzetting ter terechtzitting, dient het niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking te worden genomen.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. Het beroep strekt eveneens tot de nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partijen.

5.2. De beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing is – zoals de verzoekende partijen overigens zelf opmerken – verbonden met de beoordeling van de grond van de zaak.

VI. Omtrent de vertrouwelijkheid van een gedeelte van het administratief dossier

Standpunten van de partijen

6.1. De verzoekende partijen merken in hun inleidend verzoekschrift op dat in de offerte van de gekozen inschrijver het plan van aanpak voor de afbraak van de historische kaaimuur, inclusief de stalen funderingscaissons, van cruciaal belang is voor de beoordeling van de middelen en dat het dan ook noodzakelijk is om minstens dit deel van de offerte van de gekozen inschrijver als niet-vertrouwelijk aan te merken en de verzoekende partijen hiervan inzage te verschaffen. Zij verzoeken de Raad van State om de vertrouwelijkheid van dit deel van de offerte van de gekozen inschrijver op te heffen en hen de mogelijkheid te bieden hun middelen aan te vullen of uit te breiden.

6.2. In de memorie van antwoord betoogt de verwerende partij dat de vordering tot het lichten van de vertrouwelijkheid niet mag worden ingewilligd. De offertes van de overige inschrijvers bevatten eenheidsprijzen en bedrijfsgevoelige informatie zoals een uiteenzetting over de uitvoeringsmethodiek van de inschrijvers. De opdracht is bovendien zeer recent gegund, waardoor de rechtmatige commerciële belangen van de inschrijvers de openbaarmaking verhinderen.

Wat in het bijzonder het plan van aanpak van de gekozen inschrijver betreft, wijst de verwerende partij erop dat de verzoekende partijen niet aantonen of uitleggen in welke zin de inzage van dit stuk voor hen noodzakelijk zou zijn om hun middelen en argumentatie te doen gelden. Volgens de verwerende partij kunnen de middelen worden weerlegd zonder naar het betrokken stuk te verwijzen, zodat de niet-vertrouwelijke behandeling ervan niet noodzakelijk is om het beroep te behandelen. Voorts kunnen de verzoekende partijen de niet-vertrouwelijke behandeling van de offerte van de gekozen inschrijver, dit is stuk 9 van het administratief dossier, niet vorderen wanneer zij zoals te dezen zelf de vertrouwelijkheid vragen van hun eigen offerte.

Ook de overige als vertrouwelijk aangemerkte stukken dienen volgens de verwerende partij als dusdanig te worden behandeld.

6.3. In hun memorie van wederantwoord wijzen de verzoekende partijen erop dat de verwerende partij in de memorie van antwoord meermaals verwijst naar de planning in het plan van aanpak van de gekozen inschrijver om aan te tonen dat de uitvoeringsmethode en de uitvoeringstermijn wel compatibel zouden zijn. Voorts valt niet in te zien, aldus de verzoekende partijen, waarom dit deel van de offerte van de gekozen inschrijver als vertrouwelijk zou moeten worden behandeld. Het is door het verloop van tijd dat zal blijken welke de uitvoeringsmethode is die zal worden gehanteerd door de gekozen inschrijver en of deze de uitvoeringstermijn respecteert. In die omstandigheden kan dit deel van de offerte niet meer als vertrouwelijk worden beoordeeld.

Voorts verklaren de verzoekende partijen zich bereid om de vertrouwelijkheid van hun eigen offerte te lichten indien dit een bezwaar zou zijn om de vertrouwelijkheid te lichten van de offerte van de gekozen inschrijver.

Daarnaast vragen de verzoekende partijen om, in het kader van de vordering tot schadevergoeding tot herstel, de vertrouwelijkheid te lichten van twee brieven waarin ATO zou beweren dat de offerte van de verzoekende partijen als onaanvaardbaar zou moeten worden beschouwd, namelijk de stukken 13 en 28 van het administratief dossier. De verwerende partij beroept zich op deze stukken om te stellen dat geen schadevergoeding zou zijn verschuldigd, zodat deze niet

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

als vertrouwelijk kunnen worden beoordeeld. Minstens dienen de relevante passages aan de verzoekende partijen te worden bezorgd, waarbij de passages die op de andere inschrijvers betrekking hebben onleesbaar worden gemaakt.

6.4. In hun laatste memorie weerspreken de verzoekende partijen het standpunt in het auditorsverslag dat er te dezen geen aanleiding is om de vertrouwelijkheid van de stukken 9, 13 en 28 van het administratief dossier op te heffen.

Wat het stuk 9 – plan van aanpak van de gekozen inschrijvers – betreft, betwisten de verzoekende partijen de uitzonderlijke en complexe aard van de werken. Zij wijzen erop dat deze werken thans reeds in een gevorderd stadium verkeren, “minstens is de beoogde uitvoeringsmethode kenbaar gemaakt”. De site waar de werken worden uitgevoerd, is goed zichtbaar en de werken dus ook. De al dan niet bijzondere uitvoeringswijze kan aldus publiekelijk worden opgevolgd en is geen geheim.

Volgens de verzoekende partijen valt niet in te zien waarom de gegevens uit het plan van aanpak vertrouwelijk zouden moeten blijven “nu precies door het verloop van de tijd blijkt c.q. is gebleken welke de uitvoeringsmethode is die is c.q. zal worden gehanteerd door” de gekozen inschrijvers: “inderdaad blijkt op heden dat (i) de afbraak zal gebeuren door middel van explosies, (ii) dat op datum van indiening van deze laatste memorie [dit is: 8 januari 2016] nog geen aanvang is genomen met de definitieve explosies en (iii) dat ‘als alles volgens plan verloopt’ [...] de reconstructiewerken in het voorjaar van 2016 zullen worden aangevat”. In die omstandigheden moet de verzoekende partijen de kans worden geboden “om het realistisch karakter van het plan van aanpak te verifiëren en af te toetsen.”

Ten slotte betwisten de verzoekende partijen dat zij niet concreet aannemelijk zouden maken waarom de gedetailleerde gegevens uit het plan van aanpak nuttig en dienstig zouden kunnen zijn in het kader van deze procedure. Zij herhalen dat de verwerende partij meermaals naar het plan van aanpak verwijst om aan te tonen dat de uitvoeringsmethode en de uitvoeringstermijn wel compatibel zouden zijn met de bepalingen van het bestek.

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

Zij blijven er dan ook bij dat de lichte van de vertrouwelijkheid van het plan van aanpak noodzakelijk is opdat zij deze eenzijdige stelling van de verwerende partij kunnen verifiëren en *in concreto* kunnen aantonen – hetgeen nu reeds blijkt uit de feiten – dat het plan van aanpak niet in overeenstemming is met de bepalingen van het bestek en niet realistisch werd opgesteld.

Beoordeling

7.1. Conform artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ komt het aan de Raad van State toe om het aangevoerde vertrouwelijke karakter van de betrokken stukken van het administratief dossier te beoordelen en daarbij de vereisten van een eerlijk proces en die van het zakengeheim met elkaar af te wegen.

7.2. Te dezen kan worden vastgesteld dat de verwerende partij een volledig dossier heeft neergelegd, dat de tientallen stukken waarvan de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris. De verwerende partij motiveert het vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken uitdrukkelijk.

Voorts dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partijen vooral belangstelling tonen voor de stukken 9, 13 en 28 van het administratief dossier.

Stuk 9 van het administratief dossier is de integrale offerte van de gekozen inschrijver. De verzoekende partijen vragen de Raad van State om de vertrouwelijkheid te lichten van het bij deze offerte gevoegde plan van aanpak voor de afbraak van de historische kaaimuur, inclusief de stalen funderingscaissons.

7.3. De verzoekende partijen betogen dat het betrokken stuk van cruciaal belang is voor de beoordeling van de middelen. In de middelen wordt immers kritiek geformuleerd op de niet-overeenstemming van de door de

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

gekozen inschrijver voorgestelde uitvoeringswijze van de werken met de in het bestek bepaalde uitvoeringstermijn.

Het feit dat bepaalde gegevens uit een door de verwerende partij als vertrouwelijk aangemerkt stuk nuttig of nodig zijn om de middelen te beoordelen houdt echter niet in dat het vertrouwelijk karakter ervan daardoor *ipso facto* meteen zou moeten worden gelicht door de Raad van State. Krachtens artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 is immers ook in dat geval nog steeds een afweging met het zakengeheim van de betrokken inschrijver vereist. Het vertrouwelijk karakter van het betrokken stuk belet bovendien niet, gelet op de vereisten van een eerlijk proces, dat de Raad van State daarop acht mag slaan en deze gegevens bij zijn beoordeling mag betrekken.

Te dezen moet bij de afweging rekening worden gehouden met het feit dat de voorliggende opdracht, blijkens de opdrachtdocumenten, bijzonder complexe werkzaamheden betreft, die bovendien moeten worden uitgevoerd in moeilijke omstandigheden. Het gaat dus niet om een courante opdracht in een normaal concurrentiële omgeving, maar om uitzonderlijke werken waarvoor slechts enkele zeer gespecialiseerde ondernemingen in aanmerking komen om ze uit te voeren. De verzoekende partijen erkennen trouwens zelf in de laatste memorie dat het gaat om een “opdracht met een grote waarde, waarin de werken een complex karakter hebben”. De Raad van State ziet niet in waarom het feit dat de werken thans reeds in een gevorderd stadium verkeren, met zich zou brengen dat met het uitzonderlijke karakter van de werken geen rekening meer zou mogen worden gehouden.

Het feit dat de “bijzondere uitvoeringswijze [reeds] publiekelijk [kan] worden opgevolgd en [...] geen geheim [is]”, brengt evenmin met zich mee dat *ipso facto* het vertrouwelijk karakter komt te vervallen van het uitgeschreven en gedetailleerde plan van aanpak van deze werken, met inbegrip van de door de gekozen inschrijver voorgestelde technieken en uitvoeringsmethoden, zijn specifieke knowhow, zijn uitrusting en materieel en een resem andere concurrentieel gevoelige gegevens. Het document waarvan de verzoekende partijen inzage vragen omvat immers veel meer dan de loutere timing van de uitvoering van de werken en het enkele feit dat de gekozen inschrijver opteert

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

voor de uitvoeringswijze van de techniek van het dynamiteren, wat heden door de uitvoering van de proefexplosies en de definitieve explosies, ook publiek bekend is geworden.

Bovendien maken de verzoekende partijen bij hun vordering tot lichting van de vertrouwelijkheid niet voldoende concreet aannemelijk, ook niet in hun laatste memorie, waarom voornoemde gedetailleerde gegevens uit een offerte van één van hun rechtstreekse concurrenten voor hen nuttig en dienstig kunnen zijn om hun recht op een eerlijk proces te waarborgen. Zo betwisten zij niet dat zij op grond van de evaluatie in het gunningsverslag kennis hebben gekregen van de essentiële punten van de door de gekozen inschrijver voorgestelde aanpak voor de afbraak van de historische kaaimuur, inclusief de stalen funderingscaissons, onder meer dat deze in een uitvoeringswijze met explosieven voorziet en daarnaast in een ondergeschikte alternatieve uitvoeringswijze. Op grond daarvan hebben zij in hun verzoekschrift, hun memories en ter terechtzitting uitvoerig beargumenteerde middelen tot nietigverklaring in het debat kunnen brengen, waarbij zij het realistische karakter van de gekozen uitvoeringswijze voor de afbraak van de kademuur met explosieven betwisten en in het bijzonder dat de uitvoeringstermijn ervan compatibel is met de in het bestek bepaalde termijn. Waar de verzoekende partijen betogen dat de verwerende partij in de memorie van antwoord meermaals verwijst naar de planning in het plan van aanpak van de gekozen inschrijver om aan te tonen dat de uitvoeringsmethode en de uitvoeringstermijn wel compatibel zouden zijn, dient er hen nogmaals op te worden gewezen dat het vertrouwelijk karakter van het betrokken stuk de Raad van State, gelet op de vereisten van een eerlijk proces, niet belet dit te “verifiëren”.

Het blijkt dan ook niet dat stuk 9, met inbegrip van het plan van aanpak voor de afbraak van de historische kaaimuur, inclusief de stalen funderingscaissons, ten onrechte als vertrouwelijk zou zijn aangemerkt door de verwerende partij en om die reden ter inzage van de verzoekende partijen zou moeten worden gegeven, noch dat het nut van de vertrouwelijkheid van dat stuk zou zijn verdwenen, zoals de verzoekende partijen betogen in hun laatste memorie.

7.4. De stukken 13 en 28 van het administratief dossier zijn twee brieven van ATO aan de verwerende partij. Ook deze stukken werden door de verwerende partij als vertrouwelijk aangemerkt. De verzoekende partijen vragen om de vertrouwelijkheid te lichten in het kader van hun vordering tot het verkrijgen van een schadevergoeding tot herstel.

Nu, zoals hierna zal blijken, ook na lezing van de repliek in de laatste memorie van de verzoekende partijen, geen van de middelen gegrond dient te worden bevonden en er dus geen reden is om te oordelen over de vordering tot schadevergoeding, is er evenmin reden om de vertrouwelijkheid van deze stukken te lichten.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partijen voeren in hun verzoekschrift in een eerste middel de schending aan van “artikel 25 van de overheidsopdrachtenwet, van artikel 95 van het K.B. van 15 juli 2011, van het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel (artikelen 10 en 11 van de Grondwet), van het zorgvuldigheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, van de formele motiveringsverplichting (zoals die ook voortvloeit uit de artikelen 5 en 8 van de Wet van 17 juni 2013 [...]) van het materiële motiveringsbeginsel en van artikel 76, § 1 van het Bestek”.

De verzoekende partijen achten deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat, verwerende partij de offerte van een inschrijver die een uitvoeringsmethode voorstelt waarvan de uitvoeringstermijn noch met de werkelijkheid noch met de voorschriften zoals opgelegd in het bestek overeenstemt en die de mededinging op ernstige wijze verhindert, zonder meer heeft aanvaard;

En doordat, verwerende partij een offerte die afwijkt van een essentiële besteksbepaling met betrekking tot de uitvoeringstermijn, met name van artikel 76, § 1 van het bestek [...] dat stelt dat de inschrijver Deelcontract 1 dient uit te voeren binnen de 220 werkdagen, heeft aanvaard zonder daarvoor ook maar enige verantwoording te verstrekken;

Terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, op grond van artikel 25 van de overheidsopdrachtenwet de overheidsopdracht in het kader van een open offerteaanvraag aan de inschrijver met de economisch voordeligste regelmatige offerte moet toewijzen en zich er daarbij van moet vergewissen dat de criteria ter beoordeling van de offertes een objectieve vergelijking van de offertes mogelijk maken;

En terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, op grond van artikel 95 van het K.B. van 15 juli 2011 een offerte die afwijkt van een besteksbepaling met betrekking tot de uitvoeringstermijn (zoals artikel 76, § 1 van het bestek) als substantieel materieel onregelmatig en nietig moet aanmerken;

En terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, op grond van het vertrouwensbeginsel en het patere legem quam ipse fecisti-beginsel haar eigen spelregels (zoals artikel 76, § 2 van het bestek) moet respecteren;

En terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, te allen tijde de gelijkheid tussen de inschrijvers (zoals tevens vereist op grond van de artikelen 10 en 11 van de Gecoördineerde Grondwet) moet bewerkstelligen;

En terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, op grond van het mededingingsbeginsel gehouden is de eerlijke mededinging te respecteren;

Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en rechtsbeginselen geschonden zijn.”

In essentie doen de verzoekende partijen in dit middel gelden dat waar de gekozen inschrijver de historische kaaimuur inclusief de stalen funderingscaissons (deelcontract 1) wil afbreken door explosieven te gebruiken, deze uitvoeringswijze geenszins binnen de door het bestek voorziene uitvoeringstermijn kan worden uitgevoerd. De uitvoeringstermijn voor deelcontract 1 bedraagt 220 werkdagen – ongeveer een jaar – overeenkomstig artikel 76, § 1, van het bestek. Krachtens artikel 76, § 2, van het koninklijk besluit

van 14 januari 2013 moet de aanvangsdatum van de werken liggen tussen de dertigste en vijfenzeventigste kalenderdag volgend op de dag van de sluiting van de opdracht. Dit impliceert volgens de verzoekende partijen dat de aannemer ongeveer dertien maanden heeft om deelcontract 1 uit te voeren.

De verzoekende partijen voeren vervolgens vier redenen aan waarom de gekozen uitvoeringsmethode met explosieven onmogelijk en onrealistisch is om deelcontract 1 uit te voeren binnen deze termijn.

In de eerste plaats wijzen zij erop dat een uitvoeringswijze waarbij wordt gebruik gemaakt van springstoffen zowel een Klasse 1 als een Klasse 2 milieuvergunning vereist. Deze vergunning moet worden verleend door de deputatie van de provincie Antwerpen, vereist een voorbereidingstijd van minimaal twee maanden en heeft een doorlooptijd van minstens 4,5 maanden. Vervolgens kan er beroep worden ingesteld bij de Vlaamse Regering, die uitspraak moet doen binnen de vijf maanden. Bovendien wordt, overeenkomstig artikel 4.5.1, § 2, van de VCRO, de stedenbouwkundige vergunning geschorst zolang de milieuvergunning niet definitief verleend is. De verzoekende partijen hebben telefonisch contact opgenomen met de provincie Antwerpen waaruit blijkt dat er geen milieuvergunningsaanvraag hangende was.

In de tweede plaats wijzen zij erop dat een uitvoeringsmethode met springstoffen in stedelijk gebied een uitgebreide studie- en testfase vereist. De verzoekende partijen hebben ingenieur J. M. – die zij omschrijven als een autoriteit op het gebied van grondmechanica en die betrokken was bij de afbraak met explosieven van de kaaimuur van de Zandvlietsluis – gecontacteerd en deze heeft een advies opgesteld waarin hij tot het besluit komt dat, gelet op de nabijheid van kritische constructies zoals de Kennedytunnel en torengedebouwen, voorafgaande proeven en trillingsmetingen vereist zijn die drie tot zes maanden zullen vereisen en een belangrijke impact zullen hebben op de planning en het budget. De verzoekende partijen voegen hier aan toe dat er contact- en overlegmomenten vereist zullen zijn met andere betrokken overheden (stad Antwerpen, Agentschap Wegen & Verkeer, Infrabel, ...) waarbij niet valt uit te sluiten dat deze bijkomende veiligheidseisen zullen opleggen. Bovendien zal bij dit alles rekening moeten worden gehouden met de Europese richtlijn

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

2004/54/EG van 29 april 2004 ‘inzake minimumveiligheidseisen voor tunnels in het trans-Europese wegennet’ omwille van de Kennedytunnel. Het hanteren van explosieven nabij deze tunnel vereist overleg met de tunnelbeheerder en het uitvoeren van een risicoanalyse in de zin van artikel 12 van het decreet van 1 juni 2007 ‘betreffende de minimumveiligheidseisen voor tunnels in het trans-Europese wegennet’. De verzoekende partijen besluiten dat ook dit contact en overleg een aantal maanden in beslag zal nemen.

Ten derde doen de verzoekende partijen gelden dat een uitvoeringsmethode met springstoffen een nieuwe stedenbouwkundige vergunning vereist. In de huidige stedenbouwkundige vergunning werd in het kader van de project-MER-screening geen rekening gehouden met het gebruik van springstoffen. Aldus werd besloten dat een MER niet noodzakelijk is. Als bij de MER-screening geweten was dat er explosieven zouden worden gebruikt, dan zou er – gelet op bijlage II bij het decreet van 5 april 1995 ‘houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid’ – vanzelfsprekend wel een MER moeten zijn opgesteld, aldus de verzoekende partijen. Het gebruik van explosieven op een locatie langsheen de Schelde kan een enorme impact hebben op de fauna, flora en andere natuurwaarden van de rivier. Daarnaast houdt het gebruik van explosieven ook een veiligheidsrisico in. Hiermee werd evenwel noch in de project-MER-screening, noch in de stedenbouwkundige vergunning zelf rekening gehouden. Gelet op het ontbreken van een MER waaruit blijkt dat het gebruik van springstoffen mogelijk is of onder welke voorwaarden, kan de gekozen inschrijver geen beroep doen op de voorliggende stedenbouwkundige vergunning. Er moet dan ook een nieuwe stedenbouwkundige vergunning worden aangevraagd, op grond van een uitvoeringswijze met springstoffen. De doorlooptijd van dergelijke procedure bedraagt gemiddeld 4,5 maanden, waarbij eveneens een voorbereidingstijd van twee maanden in acht moet worden genomen.

Ten vierde wijzen de verzoekende partijen erop dat, zelfs voor zover wordt aangenomen dat er geen nieuwe stedenbouwkundige vergunning nodig is, de voorliggende stedenbouwkundige vergunning niet definitief is. De stad Antwerpen heeft aan de verzoekende partijen bevestigd dat de huidige stedenbouwkundige vergunning nog niet werd aangeplakt. Dienvolgens mag deze

vergunning nog niet worden uitgevoerd en bovendien kan er nog beroep tegen worden ingesteld.

De verzoekende partijen besluiten dat de gekozen uitvoeringsmethode impliceert dat er nog een langdurig studie- en vergunningstraject dient te worden doorlopen en het bijgevolg niet mogelijk zal zijn om deelcontract 1 uit te voeren binnen de in het bestek bepaalde uitvoeringstermijn van 12 maanden. Overeenkomstig artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) wordt de uitvoeringstermijn beschouwd als een essentiële bepaling van het bestek. Wanneer een inschrijver hiervan afwijkt beschikt de aanbestedende overheid over geen enkele beoordelingsmarge en moet zij de offerte in kwestie als substantieel onregelmatig uitsluiten van de gunningsprocedure. De verwerende partij had de offerte van de gekozen inschrijver, gelet op het voorgaande, dan ook als substantieel onregelmatig moeten weren.

In de mate dat de verwerende partij zou opwerpen, zo stellen de verzoekende partijen, dat het bestek voorziet in hoge boetes in geval van niet-tijdige uitvoering en dat alle aansprakelijkheid terzake bij de opdrachtnemer wordt gelegd, wijzen de verzoekende partijen erop dat een substantieel onregelmatige offerte moet worden uitgesloten, ongeacht de eventuele milderende maatregelen in het bestek. Het vooropstellen van een uitvoeringsmethode die niet geschikt is voor de vastgelegde uitvoeringstermijn brengt immers de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang en schendt de gelijke behandeling tussen de inschrijvers. De verzoekende partijen kozen immers voor een duurdere uitvoeringswijze die met zekerheid binnen de uitvoeringstermijn kon worden uitgevoerd. Derhalve heeft de verwerende partij een regelmatige offerte vergeleken met een substantieel onregelmatige offerte, waardoor tevens een schending van het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel voorhanden is.

Ten slotte wijzen de verzoekende partijen er nog op dat de verwerende partij in het gunningsverslag heeft vastgesteld dat de gekozen inschrijver een tijdsplanning heeft bijgevoegd, maar tevens vaststelt dat deze niet

in detail is uitgewerkt en zelfs tegenstrijdigheden bevat. Uit het gunningsverslag blijkt niet dat de verwerende partij, zoals een zorgvuldige aanbestedende overheid had moeten doen, heeft onderzocht of de meegedeelde fasering mogelijk was gelet op de uitvoeringswijze met explosieven. Op dit punt ligt dan ook een schending van de (formele) motiveringsplicht alsook van het zorgvuldigheidsbeginsel voor.

9. In hun memorie van wederantwoord betogen de verzoekende partijen dat het verweer dat het middel berust op een onjuiste feitelijke premisse geen steek houdt. Uit het beoordelingsverslag blijkt immers duidelijk dat de gekozen inschrijver in eerste instantie beoogt een uitvoeringsmethodiek met explosieven te hanteren. Enkel voor zover het hanteren van explosieven niet mogelijk zou zijn, zal de alternatieve uitvoeringsmethode worden toegepast. Bovendien geldt dat voor zover een alternatieve uitvoeringsmethode dient te worden gehanteerd, het des te meer onmogelijk zal zijn om de opdracht uit te voeren binnen de vooropgestelde 220 werkdagen. Het komt ten slotte aan de verwerende partij toe om te bewijzen aan de hand van stukken dat het middel van een verkeerde premisse vertrekt en dat geen explosieven zullen worden gebruikt. De memorie van antwoord is op dit punt bijzonder dubbelzinnig, zo merken de verzoekende partijen op.

Voorts voeren de verzoekende partijen aan dat zij opnieuw contact hebben opgenomen met de provincie Antwerpen en dat is gebleken dat er op 28 mei 2015 nog steeds geen Klasse 1 milieuvergunning werd toegekend, noch dat er een vergunningsaanvraag hangende is. Nu de werken uiterlijk een aanvang hebben genomen op 3 maart 2015 en er nog een vergunning moet worden gevraagd, zal de gekozen inschrijver de werken nooit binnen de uitvoeringstermijn kunnen uitvoeren. Evenmin werd er een Klasse 3 melding verricht aan de stad Antwerpen. Aldus is nu reeds ook in de feiten bewezen dat de uitvoeringstermijn nooit zal kunnen worden gehaald.

Wat betreft de nota van ingenieur J. M. wijzen de verzoekende partijen erop dat deze de opdrachtdocumenten in ogenschouw heeft genomen en dat hij ter dege rekening heeft gehouden met het verschil tussen de huidige opdracht en de afbraak van de Zandvlietsluis. Het verslag betreft een inschatting

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

van de duurtijd van de testfase in de concrete omstandigheden van de opdracht. De verwerende partij voert voorts geen inhoudelijk verweer op deze nota.

Waar de gekozen inschrijver verklaart dat de testfase zal worden uitgevoerd binnen de uitvoeringstermijn, is dit manifest onmogelijk volgens de verzoekende partijen, wat een zorgvuldige aanbestedende overheid had moeten vaststellen. In ieder geval is het opmerkelijk dat de verwerende partij in de memorie van antwoord het stilzwijgen bewaart over de stand van de testfase.

Het verweer dat de verzoekende partijen niet zouden aantonen dat een uitvoeringswijze met explosieven hinder en risico's zou veroorzaken bestempelen zij als "hallucinant". In ieder geval geldt dat het gebruik van explosieven niet in aanmerking werd genomen bij de project-MER-screening. Indien dit wel het geval zou zijn geweest, zou zijn gebleken dat een MER noodzakelijk was, wat door de verwerende partij overigens niet wordt ontkend, aldus de verzoekende partijen.

Voorts benadrukken de verzoekende partijen dat zij geenszins beweren dat de stedenbouwkundige vergunning op zich onwettig is, integendeel. Indien zij de opdracht hadden kunnen uitvoeren zouden zij wel degelijk een beroep hebben gedaan op die stedenbouwkundige vergunning. Wat zij aanvoeren is dat de vergunning niet passend is voor het gebruik van explosieven, zodat, wanneer dergelijke uitvoeringsmethode wordt gebruikt, een nieuwe stedenbouwkundige vergunning is vereist die daarmee wel rekening houdt. Dit is een aspect dat wel degelijk de gunning van de opdracht raakt, nu dit door de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes in aanmerking had moeten worden genomen. Een zorgvuldige aanbestedende overheid had moeten opmerken dat de planning van de gekozen inschrijver geen rekening hield met de aanvraag van een nieuwe stedenbouwkundige vergunning en met andere woorden onrealistisch was. Vanuit die optiek is de timing omtrent de aanvraag van een nieuwe stedenbouwkundige vergunning wel degelijk relevant in het kader van de gunning van de opdracht.

Ook verzetten de verzoekende partijen zich in het kader van het eerste middel uitdrukkelijk tegen het vertrouwelijke karakter van het plan van aanpak van de gekozen inschrijver en verzoeken zij de Raad van State om de overlegging hiervan te bevelen.

De verwerende partij kan zich niet verschuilen achter de loutere mededelingen in de offerte van de gekozen inschrijver dat hij de vergunningen tijdig zal verkrijgen en dat er is voorzien in een uitgewerkte testfase om op grond daarvan zonder meer de offerte te aanvaarden. De verwerende partij kan zich niet beroepen op haar discretionaire bevoegdheid, precies omdat de onmogelijkheid om de uitvoeringstermijn te behalen zo manifest is, aldus de verzoekende partijen. Indien de verwerende partij een redelijke controle had uitgevoerd, had zij dit ongetwijfeld vastgesteld. De alternatieve uitvoeringsmethode in de offerte van de gekozen inschrijver brengt geen soelaas aangezien de tijdrovende toepassing daarvan per definitie tot gevolg heeft dat de uitvoeringstermijn niet meer zal kunnen worden behaald. De verwerende partij had dit als zorgvuldige aanbestedende overheid dienen te weten en kan zich hier dan ook niet achter verschuilen. De offerte van de gekozen inschrijver had dan ook moeten worden uitgesloten van de gunningsprocedure.

Wat de rechtsmacht van de Raad van State betreft merken de verzoekende partijen op dat het middel de onmogelijkheid betreft om de uitvoeringstermijn na te leven, hetgeen een zorgvuldige aanbestedende overheid had dienen vast te stellen in het kader van de gunningsprocedure. Er is wel degelijk een rechtstreekse impact op de gunningsbeslissing nu dit tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver had moeten leiden.

Ten slotte wijzen de verzoekende partijen er nog op dat, voor zover de Raad van State van oordeel zou zijn dat de cruciale vraag van het middel – de vraag of de door de gekozen inschrijver voorgestelde uitvoeringsmethode mogelijk binnen de in het bestek voorziene uitvoeringstermijn – te technisch zou zijn, de Raad een deskundige zou kunnen aanstellen.

10. In hun laatste memorie blijven de verzoekende partijen er bij dat een uitvoeringsmethode met explosieven onmogelijk binnen de in het bestek opgelegde uitvoeringstermijn van 220 werkdagen kan worden gerealiseerd. Zij herhalen en benadrukken opnieuw dat een dergelijke uitvoeringsmethode met explosieven een langdurig studie- en vergunningstraject impliceert dat vele maanden in beslag neemt waardoor reeds op het ogenblik van de beoordeling van de offertes vaststond dat de in het bestek opgelegde uitvoeringstermijn niet zou kunnen worden behaald. Met een uitgebreide uiteenzetting van een reeks feitelijke vaststellingen over de uitvoering van de opdracht, met inbegrip van vaststellingen die zij ter plekke hebben laten verrichten door een gerechtsdeurwaarder, stellen de verzoekende partijen vast dat nu bovendien ook in de feiten is gebleken dat de uitvoeringstermijn niet zal kunnen worden gerespecteerd. In geen geval, besluit zij op grond daarvan, zullen de werken kunnen worden beëindigd op 3 maart 2016. De uitvoeringstermijn zal immers integraal worden opgebruikt enkel al voor het doorlopen van de voorbereidende fase: slechts op 28 augustus 2015 – dit is bijna zes maanden na de datum van de aanvang van de werken, zijnde 3 maart 2015 – werd een tijdelijke vergunning afgeleverd door de gouverneur op grond waarvan het gebruik van explosieven, mits strikte voorwaarden, wordt toegelaten; slechts op 27 september 2015 vond de eerste proefexplosie op grond van voormelde tijdelijke vergunning plaats, welke kadert in een ruimere proef- en testfase, die noodzakelijkerwijze meerdere maanden in beslag zal nemen; zelfs wanneer de definitieve explosies begin 2016 zouden kunnen plaatsvinden dan nog is het in ieder geval manifest onmogelijk om de werken binnen de vooropgestelde termijn – uiterlijk op 3 maart 2016 – te vervolledigen, nu de uitvoering van de werken minstens 5 à 6 maanden in beslag zal nemen. Bijgevolg volgt uit het voorgaande dat de uitvoeringswijze met springstoffen oninpasbaar is in de in het bestek dwingend opgelegde uitvoeringstermijn van 220 werkdagen. Dit stond wel degelijk vast op het ogenblik van de beoordeling van de offertes. Een realistische inschatting van de duurtijd van het studie- en vergunningstraject werd door de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes niet doorgevoerd. Dit geldt des te meer aangezien de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes werd bijgestaan door ervaren ingenieurs die het realistisch karakter van een plan van aanpak, waarbij explosieven worden gehanteerd, *in concreto* kunnen inschatten.

Het komt aan een aanbestedende overheid toe, zeker in het kader van een opdracht met een grote waarde, waarin de werken een complex karakter hebben en worden uitgevoerd in het centrum van de grootste stad van Vlaanderen, het realistische karakter van een plan van aanpak zoals gevoegd bij de offertes grondig af te toetsen. De verwerende partij kan zich daarbij niet verschuilen achter de loutere stelling dat in het plan van aanpak wordt gesteld dat de uitvoeringstermijn wordt gehaald, maar dient één en ander ernstig en grondig af te toetsen.

Beoordeling

11. Overeenkomstig het ingeroepen artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, dient de opdracht bij offerteaanvraag te worden gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdende met de gunningscriteria.

Artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing luidt, in zijn op deze zaak van toepassing zijnde versie, als volgt:

“De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de geselecteerde inschrijvers. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.

Een offerte is formeel onregelmatig en derhalve nietig als ze afwijkt van de substantiële vormelijkheden voorgeschreven door de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en door de opdrachtdocumenten. Bovendien kan de aanbestedende overheid een offerte als formeel onregelmatig beschouwen indien zij niet overeenstemt met de andere voorgeschreven vormelijkheden.

Een offerte is materieel onregelmatig en derhalve nietig als ze afwijkt van de essentiële bepalingen van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in artikel 99.

Bovendien kan de aanbestedende overheid een offerte als materieel onregelmatig beschouwen indien zij :

1° niet overeenstemt met de bepalingen van hoofdstuk 1, afdelingen 6 tot 11 en hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4;

2° enig voorbehoud inhoudt of bestanddelen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.”

Overeenkomstig het derde lid van deze bepaling moeten de besteksbepalingen inzake de uitvoeringstermijn van de opdracht in beginsel als essentieel worden aangemerkt, zodat een offerte die voorziet in een daarvan afwijkende uitvoeringstermijn in principe als onregelmatig moet worden verworpen.

12. In artikel 76, § 1, van het bestek, dat betrekking heeft op de “uitvoeringstermijnen”, wordt bepaald dat de uitvoeringstermijn voor “deelcontract 1: bouw kaaimuur zone 1”, “220 werkdagen” bedraagt.

Uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt echter niet zonder meer dat deze afwijkt van deze uitvoeringstermijn. Integendeel, de gekozen inschrijver voorziet in zijn planning in een uitvoering van deelcontract 1, omvattende de afbraakwerken, de plaatsing van de combiwand en de reconstructiewerken, binnen de opgelegde termijn van 220 dagen en wijkt daar dus niet uitdrukkelijk van af. Evenmin wordt er door de gekozen inschrijver een voorbehoud gemaakt in zijn offerte ten aanzien van de uitvoeringstermijn.

Dit neemt niet weg dat uit andere elementen van de offerte, zoals de voorgestelde uitvoeringswijze van de werken, reeds in de gunningsfase kan blijken dat deze uitvoeringstermijn niet zal kunnen worden gehaald, zoals de verzoekende partijen te dezen in essentie betogen. Dit moet dan wel duidelijk uit de offerte van de gekozen inschrijver naar voor komen, dermate dat de verwerende partij, als een zorgvuldige aanbestedende overheid, redelijkerwijze geen andere keuze had dan de offerte als onregelmatig te weren. Zij mag hierbij geen al te hypothetische veronderstellingen in aanmerking nemen, op het risico af de betrokken offerte ten onrechte en geheel voorbarig als onregelmatig te weren.

De Raad van State mag bij zijn toetsing van de wettigheid van de gunningsbeslissing geen eigen beoordeling maken van de inpasbaarheid van de voorgestelde uitvoeringswijze in de uitvoeringstermijn die het bestek voorschrijft. Wel kan hij desgevraagd nagaan of de verwerende partij is uitgegaan van correcte feitelijke gegevens en op grond daarvan tot de door haar genomen

beslissing is kunnen komen, zonder daarbij de perken van de redelijkheid te buiten te gaan.

13. De verzoekende partijen betogen dat de offerte van de gekozen inschrijver, gelet op de uitvoeringsmethodiek met explosieven voor de afbraak van de kaaimuren, de in het bestek bepaalde uitvoeringstermijn niet respecteert wat had moeten resulteren in de onregelmatigverklaring van de offerte.

De verwerende partij werpt tegen dat de gekozen inschrijver niet in één afbraakmethode – afbraak met explosieven – maar in twee afbraakmethodes heeft voorzien in zijn offerte. Uit het beoordelingsverslag blijkt echter dat op de alternatieve uitvoeringsmethode maar een beroep zal worden gedaan “indien de voorgestelde uitvoeringsmethode zou mislukken”. Aldus heeft de verwerende partij zelf aangenomen dat enkel voor zover het hanteren van explosieven niet mogelijk zou zijn, de alternatieve uitvoeringsmethode zal worden toegepast.

14. Volgens de verzoekende partijen zou dergelijke uitvoeringswijze met springstoffen niet in de besteksbepaalde uitvoeringstermijn kunnen worden ingepast omdat deze werkwijze een langdurig “studie- en vergunningstraject” zou vereisen.

Zo verwijzen zij ten eerste naar de vereiste van “een vergunning c.q. toelating” voor het hanteren van explosieven voor de afbraak van de kaaimuren. De behandeling van de vergunningsaanvraag zou volgens hen een lange doorlooptijd – 6,5 maanden – kennen. In hun verzoekschrift stellen zij dat zowel een klasse 1 als een klasse 2 milieuvergunning vereist zou zijn, doch zij wijzen geen enkele wets- of uitvoeringsbepaling aan op grond waarvan zij tot dat besluit komen. In hun laatste memorie verwijzen zij naar de inmiddels verleende tijdelijke vergunning door de gouverneur van 28 augustus 2015, die hun inschatting van de doorloopproces voor het verkrijgen van een dergelijke vergunning “in de feiten geheel” zou bevestigen. Uit die vergunning blijkt echter en de verwerende partij licht dit ook toe in haar laatste memorie dat die vergunning werd verleend op grond van artikel 255 van het koninklijk besluit van 23 september 1958 ‘houdende algemeen reglement betreffende het fabriceren,

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

opslaan, onder zich houden, verkopen, vervoeren en gebruiken van springstoffen'. Aldus blijkt reeds dat zij bij hun inschatting van de tijd nodig voor een vergunning zijn uitgegaan van de verkeerde vergunning en regelgeving.

In het bestek wordt bij post 1.1.2.20.F* "Afbraak en Afvoer van de historische kaaimuur" bepaald dat de aannemer "zijn eigen uitvoeringsmethoden en –fasering [dient] uit te werken", dat deze "niet strijdig [mag] zijn met de van toepassing zijnde wetgeving" en dat de aannemer zelf "verantwoordelijk [is] voor het verkrijgen van vergunningen betreffende de uitvoeringstechniek die hij heeft gekozen" en dat hij "bij niet verkrijgen van een vergunning [...] zijn uitvoeringsmethode dient aan te passen zonder dat hiervoor een verrekening kan worden verkregen".

Zoals hiervoor is gebleken, betwisten de partijen niet dat de uitvoeringswijze van de gekozen inschrijver waarbij gebruik wordt gemaakt van explosieven voor de afbraak van de kaaimuur, inderdaad een vergunning vereist die door de provinciegouverneur wordt verleend. In het plan van aanpak wordt ook bevestigd dat de benodigde vergunningen zullen worden aangevraagd en toegeleverd alvorens de werken worden aangevat.

De verzoekende partijen tonen echter niet aan dat de verwerende partij op het moment van het nemen van de gunningsbeslissing niet anders kon dan oordelen dat de aanvraag voor een dergelijke vergunning door de gekozen inschrijver de uitvoeringstermijn in het gedrang zou brengen. Zoals hiervoor gezien, gaan de verzoekende partijen hierbij uit van de verkeerde vereiste vergunningen – in de laatste memorie en op de terechtzitting beweren zij niet langer dat het gebruik van explosieven een milieuvergunning klasse 1 en klasse 2 zou vereisen, noch voeren zij aan dat dergelijke vergunningen ook nog vereist zouden zijn, wat zij trouwens nergens staven – zodat hun argumenten over de gemiddelde doorlooptijd voor het verkrijgen van een milieuvergunning, met inbegrip van hun verwijzing naar de beroepsmogelijkheid bij de Vlaamse regering, die uitspraak moet doen binnen de vijf maanden, alleen al om die reden niet overtuigen.

Uit de omschrijving van de werken en posten in het bestek en uit het evaluatieverslag blijkt voorts dat aan de aan de eigenlijke afbraakwerken van de oude kaaimuur een aantal werken of voorbereidende stappen voorafgaan, waaronder de werfinrichting en het voorafgaand uitbreken van “te herbruiken onderdelen” zoals “de natuurstenen dekstenen” en het “natuurstenen parement aan de voorzijde van de kaaimuur”. Die werken worden ook opgenomen in het plan van aanpak van de gekozen inschrijver en hun tijdsprognose voorziet in redelijkheid in voldoende tijd om in die tijd de vereiste vergunning te verkrijgen voor het gebruik van explosieven.

Hoeveel tijd de behandeling van die aanvraag uiteindelijk bij de uitvoering van de opdracht in beslag heeft genomen doet niet ter zake. Tal van andere op het ogenblik van de bestreden beslissing onvoorzienbare omstandigheden kunnen hierbij immers een rol spelen. Het is de gewone doorlooptijd die nodig is voor het verkrijgen van de kwestieuze vergunning die door het bestuur in aanmerking moet worden genomen. Immers, enkel de gunningsprocedure zoals die eindigt met de bestreden beslissing, is aan de censuur van de Raad onderworpen. Wat uiteindelijk bij de uitvoering van de opdracht plaatsgrijpt, ontsnapt in beginsel hieraan.

De kritiek van de verzoekende partijen dat de uiteindelijk verleende tijdelijke vergunning behept zou zijn met materiële onregelmatigheden is evenmin ter zake doend: de gebeurlijke onwettigheid van de tijdelijke vergunning van 28 augustus 2015 brengt niet de onwettigheid van de bestreden daaraan voorafgaande gunningsbeslissing met zich mee.

15. Voorts betogen de verzoekende partijen dat een uitvoeringswijze met springstoffen een langdurige proef- en testfase – die volgens hen drie tot zes maanden in beslag zou nemen – vereist en om die reden niet in de uitvoeringstermijn van 220 werkdagen kan worden ingepast. De verwerende partij betwist niet dat proeven vereist zijn doch wel opnieuw dat deze de uitvoeringstermijn in het gedrang zouden brengen. Uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat deze in zijn plan van aanpak voorziet in het uitvoeren van een proefprogramma, waarbij deze – zoals de verwerende partij opmerkt in de memorie van antwoord – verwijst naar zijn recente ervaring met de voorgestelde

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

techniek bij de afbraak van een kaaimuur in de haven van Rotterdam – door dezelfde onderaannemer uitgevoerd in 2013 – en in bijlage naar het “proefspringplan” van die afbraak . Daaruit blijkt alvast in het geheel niet dat de uitvoering van een proefprogramma vele maanden in beslag zou moeten nemen. Integendeel blijkt daar de proefcampagne slechts één bepaalde dag in beslag te hebben genomen. In de volgende stappen vóór het definitief springplan werd nog voorzien in één proef waarbij het aantal ladingen stapsgewijze werd opgebouwd om de voorspellingen van de effecten naar de omgeving te verfijnen.

Aldus blijkt niet dat de verwerende partij op het moment van het onderzoek van de offertes niet anders mocht dan besluiten dat de uitvoeringswijze van de gekozen inschrijver omwille van de vereiste proeven onmogelijk zou kunnen worden ingepast in de uitvoeringstermijn van 220 werkdagen. Dat de verzoekende partijen er een andere mening op nahouden dan de aanbestedende overheid en een ingenieur hebben gecontacteerd die – op grond van de “opgedane ervaring” bij de afbraak van een kaaimuur van “meer dan een halve kilometer” aan de Zandvlietsluis die meer dan 20 jaar geleden plaatsvond – meent dat de duur van een proefcampagne voor de huidige opdracht – een kaaimuur in zone 1 van 113 meter anno 2016 – moet worden geschat op drie tot zes maanden, noopt niet tot een ander standpunt. De gekozen inschrijver verwijst naar een meer recente ervaring en overigens werd zijn offerte beoordeeld door een beoordelingscommissie waarin onder meer vier gespecialiseerde ingenieurs zetelden.

16. Waar de verzoekende partijen nog verwijzen naar contact- en overlegvereisten met andere overheden zoals de stad Antwerpen, het Agentschap Wegen & Verkeer en Infrabel, komt ook dit betoog veeleer hypothetisch over. Voorts blijkt ook hier niet dat dergelijk voorafgaand overleg – indien al vereist – de uitvoering van de werken binnen de termijn van 220 werkdagen met de vereiste mate van zekerheid onmogelijk zou maken opdat kan worden aangenomen dat de verwerende partij enkel nog tot de onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver mocht besluiten omwille van eventuele overlegvereisten.

De verzoekende partijen tonen overigens opnieuw niet aan op grond van welke regelgeving en bepalingen het voornoemde contact en overleg vereist zou zijn voor de uitvoering met explosieven. Wat de Kennedytunnel betreft, duiden zij geen enkele bepaling aan, ook niet in hun laatste memorie, uit de door hen aangehaalde regelgeving ‘betreffende de minimumveiligheidseisen voor tunnels in het trans-Europese wegennet’ die dwingend zou opleggen dat in het geval van bepaalde werken binnen bepaalde afstand tot die tunnels voorafgaand overleg met de tunnelbeheerder of een risicoanalyse zou dienen plaats te vinden. Hoe dit uit het door hen aangehaalde artikel 12 van het voormelde decreet kan worden afgeleid, is geenszins duidelijk. Dit artikel betreft de opmaak “indien nodig” van risicoanalyses “van een gegeven tunnel”, waarbij “wordt rekening gehouden met alle ontwerpaspecten en verkeersomstandigheden die van invloed zijn op de veiligheid, meer bepaald met de verkeerskenmerken, de tunnallengte, het verkeerstype en de tunnelgeometrie, alsmede met het voorspelde aantal vrachtwagens per dag.”

17. De argumentatie van de verzoekende partijen, dat de offerte van de gekozen inschrijver niet aan de uitvoeringstermijn van het bestek kan voldoen omdat de gekozen uitvoeringswijze een nieuwe stedenbouwkundige vergunning zou vereisen, die compatibel is met de uitvoeringsmethode waarbij toepassing wordt gemaakt van springstoffen, kan de Raad van State evenmin overtuigen. In zoverre de verzoekende partijen poneren dat bij de MER-screening had moet worden aangegeven “dat er explosieven zouden worden gebruikt” – en uit deze veronderstelling bovendien nog de hypothese afleiden dat er dan zeker een MER zou zijn opgelegd – maken zij hun betoog niet hard. Zo verduidelijken de verzoekende partijen niet op grond van welke regelgeving dergelijke stelling wordt ingenomen en hoe zij tot het besluit komen dat de voormelde uitvoeringswijze had moet worden aangegeven in de aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning of in de MER-screening.

Overigens, in de mate dat de voorgestelde uitvoeringswijze al een nieuwe vergunningsaanvraag zou vereisen met een aangevulde project-MER-screening, waarin ook wordt gewezen op de mogelijke effecten van het tijdelijk gebruik van springstoffen op de omgeving, komt het toe aan de verwerende partij om in te staan voor het verkrijgen ervan. Krachtens artikel 74 het koninklijk

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’ mag een inschrijver op een overheidsopdracht immers veronderstellen dat de opdrachtgever over een passende stedenbouwkundige vergunning zal beschikken bij de aanvang van de werken. De regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver qua uitvoeringstermijn diende vanuit dit oogpunt dan ook niet in vraag te worden gesteld, laat staan dat de verwerende partij enkel nog tot de substantiële onregelmatigheid ervan had mogen besluiten.

Het argument in de laatste memorie dat de verwerende partij “pertinent wist dat de uitvoeringsmethode [van de gekozen inschrijver] niet mogelijk zou zijn op basis van de voorliggende stedenbouwkundige vergunning” en de verwerende partij de inschrijvers “wetens en willens” zou hebben misleid, in die zin dat zij op grond daarvan de indruk kregen dat de (minder dure) uitvoering van de opdracht met explosieven niet mogelijk was, wat de verzoekende partijen verplicht zou hebben een andere (duurdere, maar besteksconforme) uitvoeringsmethode op te geven in de offerte, is niet meer dan een blote bewering.

18. Waar de verzoekende partijen in het verzoekschrift aanvoeren dat de stedenbouwkundige vergunning op dat ogenblik nog niet definitief en uitvoerbaar was, blijkt niet meteen welk belang zij hebben bij een dergelijke opmerking. Zij maken immers op generlei wijze *in concreto* duidelijk of aannemelijk hoe dit feit de rechtsgeldigheid van de gunningsbeslissing zou aantasten. Overigens merkt de verwerende partij op dat de stedenbouwkundige vergunning van 2 mei 2014 wel degelijk definitief is. De stedenbouwkundige vergunning werd aangeplakt op 9 mei 2014.

19. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen doen gelden in dit middel is aldus niet aangetoond dat de offerte van de gekozen inschrijver met voldoende zekerheid onmogelijk kon voldoen aan de besteksbepaalde uitvoeringstermijn voor deelcontract 1 van 220 werkdagen. Er blijkt niet dat de verwerende partij had moeten vaststellen dat deze offerte en de daarin voorgestelde uitvoeringswijze een buitensporig langdurig studie- en vergunningstraject zou vereisen. Aldus blijkt niet dat de verwerende partij de

offerte van de gekozen inschrijver om de ingeroepen redenen als substantieel onregelmatig had moeten aanmerken en uit de gunningsprocedure had moeten weren. Bijgevolg is evenmin aangetoond dat de verwerende partij een onregelmatige offerte zou hebben vergeleken met een regelmatige offerte.

20. Wat de aangevoerde schending van de formelemotiveringsplicht betreft, volgt uit het voorgaande dat de uitvoeringswijze met springstoffen niet dermate apert oninpasbaar is in de uitvoeringstermijn van het bestek, dat de verwerende partij de formelemotiveringsplicht zou hebben geschonden door daaraan geen uitdrukkelijke opmerking te wijden in het gunningsverslag.

21. In hun memorie van wederantwoord betogen de verzoekende partijen het volgende inzake de aanstelling van een deskundige:

“De cruciale vraag die in het kader van het eerste middel aan Uw Raad wordt voorgelegd is de vraag of de door de THV Roegiers-Herbosch Kiere-Hye voorziene uitvoeringsmethode(n) mogelijk zijn binnen de in het bestek voorziene uitvoeringstermijn.

Voor zover Uw Raad van oordeel zou zijn dat een dergelijke beoordeling te technisch is, kan Uw Raad vanzelfsprekend een deskundige aanstellen die de planning en het plan van aanpak van de gekozen inschrijver verder kan onderzoeken en toetsen en Uw Raad kan bijstaan bij een dergelijke beoordeling.”

Te dezen is het mogelijk gebleken om de wettigheidskritieken die de verzoekende partijen in hun eerste middel doen gelden te onderzoeken en te beoordelen zonder dat daarbij onoverkomelijke technische vraagstukken zijn gerezen. Er is dan ook geen nood om een deskundige aan te stellen om de Raad bij te staan.

22. De verzoekende partijen betogen nog in hun laatste memorie dat de gekozen inschrijver geen besteksconforme uitvoering inzake de bovenbelasting hanteert (artikel 16.1.1. van het bestek), waarbij zij verwijzen naar een aanvullend stuk, dat een proces-verbaal van een gerechtsdeurwaarder betreft, waardoor de uitvoering van de werken door de gekozen inschrijver nog

langer zou duren hetgeen opnieuw de overschrijding van de uitvoeringstermijn zou bevestigen. Voor zover al kan worden aangenomen dat de gekozen inschrijver het bestek zou miskennen, wat trouwens wordt betwist door de verwerende partij, dient opnieuw te worden herhaald dat een gebeurlijke verkeerde of foutieve uitvoering van de werken niet aantoonde dat de in de offerte voorgestelde uitvoeringswijze niet inpasbaar zou zijn in de uitvoeringstermijn.

23. Het middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

24. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in een tweede middel de schending aan van “de formele motiveringsverplichting (zoals die ook voortvloeit uit de artikelen 5 en 8 van de wet van 17 juni 2013 [...]), van de materiële motiveringsverplichting en van het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij vatten dit middel zelf als volgt samen:

“Doordat, verwerende partij zich blijkens het beoordelingsverslag ernstige vragen stelt omtrent de uitvoeringsmethode voor de afbraak van de kaaimuren en de stalen funderingscaissons, terwijl de offerte van de thv Roegiers-Herbosch Kiere-Hye alsnog 7 punten behaalt op dit subcriterium;

Terwijl, op basis van de door de aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, weer te geven motivering voor de inschrijvers moet vaststaan waarom een bepaalde score wordt toegekend én op welke wijze de puntenverschillen tussen de inschrijvers tot stand zijn gekomen;

En terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, op grond van haar materiële motiveringsplicht ertoe gehouden is om haar beoordeling van de ingediende offertes in het licht van de gunningscriteria te steunen op motieven die feitelijk juist of in rechte aanvaardbaar zijn, en dit met de rechtens vereiste zorgvuldigheid moet doen;

En terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, de ingediende offertes op zorgvuldige wijze dient te analyseren en dit onderzoek in het beoordelingsverslag te vertalen, hetgeen verwerende partij heeft nagelaten;

Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en rechtsbeginselen zijn geschonden.”

In de toelichting bij het middel doen de verzoekende partijen gelden dat uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij zich bij de beoordeling van het subgunningscriterium “kwaliteit van het plan van aanpak voor de afbraak van de historische kaaimuur inclusief de stalen funderingscaissons” ernstige vragen stelt bij het plan van aanpak en de uitvoeringsmethode voorgesteld door de gekozen inschrijver. Desondanks behaalt de gekozen inschrijver alsnog zeven punten voor dit criterium. Daartegenover wordt het plan van aanpak alsook de uitvoeringsmethode van de verzoekende partijen als bijzonder positief beoordeeld. Het verschil in punten tussen beide offertes bedraagt evenwel slechts één punt. Dit puntenverschil is niet in verhouding tot de negatieve beoordeling van het plan van aanpak van de gekozen inschrijver. De toekenning van de scores is dan ook niet duidelijk en wordt in elk geval niet weergegeven in de motieven zoals opgenomen in het gunningsverslag. Evenmin is duidelijk hoe de puntenverschillen tot stand zijn gekomen.

Bovendien diende volgens de verzoekende partijen te worden onderzocht of de gekozen inschrijver maatregelen had genomen met het oog op de veiligheid – onder meer gelet op de nabije Kennedytunnel – en de bescherming van de flora en fauna in de Schelde. In het beoordelingsverslag wordt hieromtrent niets opgenomen, zodat dit klaarblijkelijk niet eens werd onderzocht door de verwerende partij.

25. In de memorie van wederantwoord betogen de verzoekende partijen dat het middel wel degelijk ontvankelijk is. Zij wijzen erop dat het mathematisch mogelijk is dat zij bij een andere beoordeling van het subgunningscriterium “kwaliteit van het plan van aanpak voor de afbraak van de historische kaaimuur inclusief de stalen funderingscaissons” de hoogste totaalscore zouden behalen. Daarnaast verwijzen zij naar rechtspraak van de Raad van State waaruit blijkt dat zij niet moeten aantonen dat hun offerte als de meest voordelige zou worden gerangschikt opdat zij belang zouden hebben bij het middel en dat het volstaat dat de aangevoerde grief ertoe leidt dat zij, bij een nieuw onderzoek en beoordeling van de offertes, opnieuw kans maken om als eerste te worden gerangschikt.

Wat de grond van het middel betreft, wijzen de verzoekende partijen erop dat de verwerende partij in de memorie van antwoord voorbijgaat aan de inhoudelijke argumenten uit het verzoekschrift inzake de miskennenning van de materiële motiveringsplicht.

Wat de miskennenning van de formele motiveringsplicht betreft doen de verzoekende partijen gelden dat het onderzoek naar de veiligheid en de bescherming van flora en fauna verder gaat dan enkel een analyse van de risico's. Voorts is het feit dat er een alternatieve uitvoeringsmethode wordt voorgesteld niet relevant. De kritieken van de verzoekende partijen hebben immers betrekking op de uitvoeringsmethode met explosieven.

26. In de laatste memorie blijven de verzoekende partijen erbij dat de aan de gekozen inschrijver toegekende punten in geen geval de uiteindelijke puntentoekenning kunnen dragen. De verwerende partij stelt zelf vast dat bepaalde aspecten niet voldoende werden onderzocht: er wordt aldus onder meer niet ingegaan op problemen en geen rekening gehouden met de optie dat de vooropgestelde uitvoeringsmethode niet zal lukken; de verwerende partij stelt met andere woorden zelf vast dat het plan van aanpak voor de afbraakwerken aan de historische kaaimuur niet als voldoende kan worden beoordeeld. Niettegenstaande die vaststelling, verkrijgt de offerte van de gekozen inschrijver slechts één punt minder dan hun offerte.

Voorts benadrukken de verzoekende partijen dat de uitvoeringswijze waarbij explosieven worden gebruikt, meer vereist dan een beweerde door de gekozen inschrijver toegevoegde analyse van de risico's die daarmee gepaard gaan. Onderzocht diende te worden of maatregelen werden genomen met het oog op de veiligheid zoals die voortvloeien uit de Tunnelrichtlijn – onder meer gelet op de nabijheid van de Kennedytunnel – en de bescherming van de fauna en flora in de Schelde, zoals die zouden voortvloeien uit een MER die evenwel – onterecht, gelet op de gekozen uitvoeringsmethode met explosieven – niet is doorgevoerd. Zelfs indien er geen specifieke rechtsnorm zou zijn die verplicht na te gaan of dergelijke veiligheidsmaatregelen werden genomen, moet een aanbestedende overheid op grond van de zorgvuldigheidsverplichting dit in elk geval verifiëren.

Beoordeling

27. De exceptie van de verwerende partij bij dit middel kan niet worden aanvaard. Zoals de verzoekende partijen opmerken kan niet worden uitgesloten dat bij een herbeoordeling van de offertes aan de hand van het betrokken gunningscriterium hun offerte alsnog de hoogste totaalscore zou behalen, hoewel zulks gelet op het puntenverschil te dezen inderdaad niet voor de hand liggend is. De verwerende partij kan evenmin worden bijgevalen voor zover zij in de laatste memorie stelt dat een eventuele nietigverklaring op grond van dit middel, niet een nieuwe beoordeling van de offertes impliceert – die desgevallend zou kunnen resulteren in de gunning van de opdracht aan verzoekende partijen – doch enkel een nieuwe motivering. De Raad van State mag niet vooruitlopen op de nieuwe beslissing die de verwerende partij zal dienen te nemen na een gebeurlijke nietigverklaring van de gunningsbeslissing, en die alleszins in het geval van een vastgestelde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel of de materiële motiveringsplicht, zal dienen te worden genomen na een nieuwe beoordeling.

28. De materiële motiveringsplicht houdt in dat er voor elke bestuurshandeling rechtens aanvaardbare motieven moeten bestaan. Dit betekent onder meer dat die motieven steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid door het bestuur werden vastgesteld. Bovendien moet de overheid de gegevens die in rechte en in feite juist zijn, correct en zorgvuldig beoordelen en op grond van deze gegevens in redelijkheid tot een beslissing komen. Een beslissing schendt de materiële motiveringsplicht wanneer de motieven waarop ze steunt onjuist of onwettig zijn of de beslissing niet kunnen dragen. Het komt de Raad van State daarbij in principe niet toe het feitenonderzoek over te doen om zich aldus, wat de appreciatie van de zaak betreft, in de plaats te stellen van het bestuur. Het behoort daarbij wel tot de bevoegdheid van de Raad van State om, desgevraagd, na te gaan of de ingeroepen feiten werkelijk bestaan en of de appreciatie daarvan met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd. Indien wordt geoordeeld dat de beslissing steunt op onbestaande, onvoldoende of onzorgvuldig bewezen feiten, dan is het materiële motiveringsbeginsel geschonden. Te dezen beschikt de

verwerende partij over een niet onaanzienlijke beoordelingsvrijheid bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes zodat verschillende beslissingen mogelijk kunnen zijn, zij het enkel binnen de grenzen van een zorgvuldige beoordeling.

29. Uit de beoordeling van de offertes in het gunningsverslag aan de hand van subcriterium 1, in dit verslag reeds weergegeven sub randnummer 3.4., blijkt, zoals de verwerende partij opmerkt, alvast niet dat de offerte van de gekozen inschrijver door haar als bijzonder negatief werd beoordeeld, zodanig dat een score van 7/10 voor dit subcriterium buiten alle proportie zou zijn met de weergegeven motieven. Voorts zijn de door beide inschrijvers voorgestelde uitvoeringswijzen dermate verschillend – de verzoekende partijen stellen een afbraak van op een ponton voor, de gekozen inschrijver stelt voor om met springstoffen te werken, dan wel met een frees-, crush- en picquertechniek – dat het niet buiten de perken van een zorgvuldige beoordeling gaat dat voor beide plannen van aanpak, elk op grond van hun eigen merites en zwakkere punten, een score werd toegekend die maar één punt verschilt. De motieven in het gunningsverslag geven in dat licht afdoende weer waarom aan elke offerte een bepaalde score werd toegekend. Deze motieven blijken voorts steun te vinden in de overige stukken van het administratief dossier, niet in het minst in de offertes van de inschrijvers.

30. Uit de beoordeling van de offertes in het gunningsverslag blijkt voorts dat de verwerende partij wel degelijk heeft onderzocht of de inschrijvers de wettelijke, reglementaire en de door het bestek vereiste veiligheidsmaatregelen hebben genomen. Als gevolg van dit onderzoek werd overigens de offerte van de nv Denys onregelmatig bevonden door de verwerende partij en geweerd uit de gunningsprocedure.

Voorts blijven de verzoekende partijen, zoals hiervoor reeds opgemerkt, in gebreke concrete rechtsnormen aan te wijzen die de verwerende partij zouden verplichten in de gunningsbeslissing specifieke motieven op te nemen aangaande de door hen beweerd vereiste doch niet verduidelijkte bijzondere maatregelen waartoe de inschrijver zou zijn verplicht, gelet op de nabijheid van de Kennedytunnel en de bescherming van de fauna en flora in de

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

Schelde. Een algemene verwijzing naar het zorgvuldigheidsbeginsel lijkt in dat verband niet afdoende.

De grief dat een MER ten onrechte niet zou zijn doorgevoerd kwam reeds aan bod in het eerste middel, zodat kan worden volstaan te verwijzen naar de bespreking ervan hiervoor.

Aldus is evenmin aangetoond dat de verwerende partij op dit punt de formelemotiveringsplicht zou hebben miskend.

31. Het middel is niet gegrond.

C. Derde middel

32. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in het derde middel de schending aan “van artikel 4.7.26/1., §§ 1-3 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO), van de beginselen van algemeen bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel”.

Zij vatten het middel zelf als volgt samen:

“Doordat, uit de stedenbouwkundige vergunning van toepassing op de opdracht blijkt dat er weliswaar een project-MER-screening voorligt die het gebruik van explosieven niet vermeldt en op basis waarvan wordt gesteld dat geen MER moet worden opgemaakt;

Terwijl, een uitvoeringsmethode waarbij de opdracht wordt uitgevoerd door gebruik te maken van explosieven, de opdrachtnemer geen gebruik kan maken van een stedenbouwkundige vergunning zonder dat een MER werd opgesteld;

Zodat verwerende partij (en evenmin de opdrachtnemer) geen beroep kan doen op de stedenbouwkundige vergunning waarbij geen MER werd uitgevoerd wanneer er wordt geopteerd voor een uitvoeringsmethode met explosieven en deze onwettige stedenbouwkundige vergunning op basis van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten.”

De verzoekende partijen lichten voorts toe wat volgt.

Uit de stedenbouwkundige vergunning van 2 mei 2014 blijkt dat er een project-MER-screening werd uitgevoerd. Opmerkelijk is dat dit document werd gedateerd op 14 oktober 2014 en derhalve dateert van ná de goedkeuring van de stedenbouwkundige vergunning. Alleen al daarom moet de stedenbouwkundige vergunning als onwettig buiten toepassing worden gelaten.

Bovendien wordt in de project-MER-screening inzake geluid en trillingen geen melding gemaakt van het gebruik van explosieven, er wordt enkel gesproken over het geluid en trillen van het heien. Ook in het kader van het potentieel effect op mens, natuur of landschap, wordt geen melding gemaakt van het gebruik van explosieven, onder meer wat betreft de impact op Habitatrichtlijngebied Schelde en Durmeëstuarium. Er kan bezwaarlijk worden beweerd dat het gebruik van explosieven geen aanzienlijke milieueffecten tot gevolg zou hebben.

Aldus geldt dat bij een uitvoeringsmethode met explosieven de uitvoerder geen gebruik kan maken van een stedenbouwkundige vergunning die is verleend op grond van een project-MER-screening die het gebruik van explosieven zelfs niet vermeldt. De stedenbouwkundige vergunning is derhalve niet passend voor een uitvoeringsmethode met explosieven en dient op basis van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te worden gelaten. Aangezien aldus geen wettige stedenbouwkundige vergunning voor een uitvoeringswijze met explosieven voorligt, is het niet mogelijk voor een inschrijver om een beroep te doen op een uitvoeringsmethode met explosieven en dient de gunningsbeslissing waaruit blijkt dat een inschrijver effectief gebruik zal maken van explosieven te worden vernietigd.

33. In hun memorie van wederantwoord betogen de verzoekende partijen dat het middel wel degelijk ontvankelijk is. Indien het middel zou worden gegrond verklaard kan een inschrijver die een uitvoeringsmethode met explosieven vooropstelt immers geen beroep doen op de stedenbouwkundige vergunning. Bijgevolg mocht de opdracht niet worden gegund aan de gekozen inschrijver, nu deze wel degelijk een beroep doet op explosieven. De verzoekende partijen daarentegen kunnen wel een beroep doen op de stedenbouwkundige vergunning aangezien zij geen explosieven zullen gebruiken.

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

De opdracht mocht op grond van de stedenbouwkundige vergunning dan ook zonder meer worden toegewezen aan de verzoekende partijen. De Raad van State is als rechtscollege verplicht om artikel 159 van de Grondwet toe te passen en derhalve een onwettige stedenbouwkundige vergunning buiten toepassing te laten. Dit heeft dan ook de onwettigheid van de gunningsbeslissing tot gevolg.

Ten gronde merken de verzoekende partijen op dat de verwerende partij onomstotelijk moet aantonen dat de vermelding “14 oktober 2014” op de project-MER-screening een materiële vergissing is. Ongestaafde beweringen kunnen in dat kader niet worden aanvaard. Voorts wijzen zij erop dat in het gunningsverslag omtrent de vraag of de stedenbouwkundige vergunning mag worden toegepast in geval een uitvoeringsmethode met explosieven zou worden gehanteerd, geen nadere toelichting wordt gegeven, wat een zorgvuldige aanbestedende overheid had dienen te doen.

Wat de stelling betreft dat het middel de uitvoering van de opdracht en niet de gunning ervan zou betreffen, wijzen zij erop dat het middel de onmogelijkheid betreft om de uitvoeringstermijn na te leven, hetgeen een zorgvuldige aanbestedende overheid had dienen vast te stellen in het kader van de gunningsprocedure. Er is wel degelijk een rechtstreekse impact op de gunningsbeslissing nu dit tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver had moeten leiden.

34. In de laatste memorie blijven de verzoekende partijen erbij dat hun middel wel ontvankelijk is. Zij menen dat de Raad van State conform de rechtspraak van het Hof van Cassatie eveneens bevoegd is om een individuele rechtshandeling, zoals een stedenbouwkundige vergunning, conform artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te laten. Het gebrek aan rechtsgrond – bijvoorbeeld ten gevolge van een exceptie van onwettigheid, opgeworpen tegen een beslissing die de rechtsgrond uitmaakt van een met een annulatieberoep aangevochten beslissing – is bovendien een onwettigheid die de openbare orde aanbelangt en die zelfs ambtshalve door Uw Raad wordt gesanctioneerd. Indien art. 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, aldus wordt geïnterpreteerd dat artikel 159 van de Grondwet enkel kan worden ingeroepen ten aanzien van een reglementair besluit, schendt dit de artikelen 10, 11 en 13 van de

‡BEGQJCFCD-BCFEGJV‡

Grondwet. Alsdan is er een duidelijk verschil in behandeling tussen een verzoekende partij die in het kader van een annulatieberoep op grond van voormeld artikel 14, § 1, 1° een exceptie van onwettigheid opwerpt tegen een reglementair besluit – waartegen artikel 159 van de Grondwet wel kan worden opgeworpen – respectievelijk tegen een individueel besluit – waartegen artikel 159 van de Grondwet per hypothese niet kan worden opgeworpen. Er is evenwel geen pertinente reden voorhanden om in dat kader een andere behandeling te voorzien voor een reglementair besluit als voor een individueel besluit. Het vrijwaren van de rechtszekerheid geldt dan immers evenzeer voor een reglementair als voor een individueel besluit. De verzoekende partijen verzoeken hieromtrent een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

De verzoekende partijen benadrukken ook dat zij reeds in hun annulatieberoep erop hebben gewezen dat een gunningsbeslissing, waaruit blijkt dat de inschrijver effectief gebruik zal maken van explosieven, terwijl dit op grond van de stedenbouwkundige vergunning niet mogelijk is, nietig is. In de memorie van wederantwoord werd daarbij nog opgemerkt dat in het beoordelingsverslag nergens wordt gemotiveerd dat de stedenbouwkundige vergunning het gebruik van explosieven wel zou toelaten.

Beoordeling

35. De verzoekende partijen gaan er ten onrechte van uit dat de stedenbouwkundige vergunning “de rechtsgrond” uitmaakt van de bestreden beslissing en dat de stedenbouwkundige vergunning onwettig zou zijn omdat de de gunningsbeslissing een uitvoeringswijze aanvaardt die daarmee eventueel strijdig zou zijn. Niet de stedenbouwkundige vergunning maakt de rechtsgrond uit van de bestreden beslissing, doch wel de wet van 15 juni 2006, het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, de opdrachtdocumenten en de offertes. Zelfs al zou de reeds aangevraagde en verleende stedenbouwkundige vergunning voor de werken aan de kaaimuren een specifieke uitvoeringswijze van die werken, die de gunningsbeslissing heeft aanvaard, niet toelaten, dan nog tast dit gegeven niet de wettigheid ervan aan.

De verzoekende partijen beweren dat “een gunningsbeslissing, waaruit blijkt dat de inschrijver effectief gebruik zal maken van explosieven, terwijl dit op grond van de stedenbouwkundige vergunning niet mogelijk is, nietig is”. Dit is een argumentatie die de onwettigheid van de gunningsbeslissing betreft, maar geenszins die van de vergunning zelf. Dat die vergunning bepaalde uitvoeringswijzen onmogelijk zou maken of niet zou toelaten, maakt die op zichzelf niet onwettig. Dat eventueel een nieuwe vergunning voor het project moet worden aangevraagd met als gevolg een langere uitvoeringstermijn, maakt de oorspronkelijke stedenbouwkundige vergunning ook niet onwettig.

In de memorie van wederantwoord merken de verzoekende partijen nog op dat in het beoordelingsverslag nergens wordt gemotiveerd dat de stedenbouwkundige vergunning het gebruik van explosieven wel zou toelaten. Ook deze grief betreft een aspect dat betrekking heeft op de wettigheid van de gunningsbeslissing maar niet op die van de vergunning.

De vraag of de betrokken stedenbouwkundige vergunning mag worden toegepast in het licht van de in de gekozen offerte voorgestelde uitvoeringsmethodiek betreft aldus een vraag die de uitvoering en niet de gunning van de opdracht betreft. In zoverre het middel moet worden betrokken op de onwettigheid van de gunningsbeslissing, omdat het uit het beweerdelijk vereist zijn van een nieuwe vergunning de onmogelijkheid voortvloeit om de uitvoeringstermijn na te leven, betreft het een herhaling van een grief reeds naar voren gebracht in het kader van het eerste middel, zodat naar de beoordeling ervan kan worden verwezen.

Vermits het middel uitgaat van een verkeerd uitgangspunt, is er ook geen aanleiding voor het stellen van een prejudiciële vraag over de vraag of artikel 159 van de Grondwet ook moet kunnen worden ingeroepen ten aanzien van een individuele beslissing.

Het middel is niet gegrond.

VII. Omtrent het verzoek tot schadevergoeding tot herstel

36. Aangezien de Raad geen onwettigheid heeft vastgesteld, wordt het verzoek tot schadevergoeding tot herstel afgewezen.

VIII. Kosten

37. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van het beroep als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

38. Gelet op het bepaalde in artikel 70, §1, vijfde lid, van het algemeen procedurereglement, dient het rolrecht dat verband houdt met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel aan de verzoekende partijen te worden terugbetaald.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep en de vordering tot schadevergoeding tot herstel.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Het onverschuldigde recht in verband met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel, begroot op 400 euro, dient aan de verzoekende partijen te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 juni 2016,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest