

Het zwarte gat van de Oosterweel

Over de contractvorming tussen de Vlaamse regering, BAM en het bouwconsortium Noriant, en hoe die in de weg gingen van een mobiliteitsoplossing voor Antwerpen

Manu Claeys en Peter Verhaeghe, stRaten-generaal

Waarom houdt een regering inmiddels reeds drie jaar lang vast aan een snelwegtracé dat werd weggestemd in een volksraadpleging en volgens niet minder dan zeven studies (opgeleverd tussen september 2008 en april 2011) geobjectiveerd ondermaats presteert? Het is de million dollar question van het Oosterweeldossier, en dat mogen we letterlijk nemen. Want sinds 17 april en 4 mei 2009 – de dagen waarop respectievelijk een voorakkoord werd getekend en de bouwvraag voor het tracé werd ingediend – domineert de angst voor schadeclaims het bestuurlijke handelen in het debat over de Antwerpse mobiliteitsknoop.

Enkele weken na de volksraadpleging van 18 oktober 2009 vroeg burgemeester Patrick Janssens in een werkgroep opgericht door de Vlaamse regering of nu ook andere opties dan de Oosterweelverbinding mochten worden bekeken. Gaan we blijven kiezen om meer verkeer naar de Antwerpse Ring te trekken of gaan we het doorgaand verkeer elders afwikkelen? Dat was volgens hem de fundamentele vraag waarover de werkgroep zich moest buigen. Voorzitter van de vergadering was Raf Suys, kabinetschef van minister-president Kris Peeters. Hij antwoordde dat *out of the box* denken gevolgen zou hebben voor de relaties met het reeds geselecteerde bouwconsortium Noriant, dat de Oosterweelverbinding op het BAM-tracé mocht bouwen. Enkel de Vlaamse regering kon bepalen welke ruimte deze werkgroep kreeg voor alternatieve denkpijpen, voegde hij eraan toe.

Vier maanden later besliste de regering om door te gaan met het BAM-tracé, ondanks recente negatieve evaluaties van het BAM-tracé in een onafhankelijk studierapport, een volksraadpleging en een collegebeslissing. Op dat moment lagen twee alternatieven op tafel die het doorgaand verkeer effectief rond Antwerpen zouden leiden: het Arup/SUM-tracé en het Meccanotracé. Zonder opgave van redenen liet de Vlaamse regering het eerste alternatief links liggen, terwijl uit onderzoek bleek dat het tracé verkeersmatig gunstig en bouwkundig haalbaar was. Het tweede alternatief werd politiek niet weerhouden op basis van een vlug geschreven anonieme nota, waarvan later bekend raakte dat ze was opgesteld door de hoofdingenieur van de BAM, tevens projectverantwoordelijke voor het BAM-tracé.

Tot vandaag menen vele Oosterweel-watchers dat de regeringsbeslissing van maart 2010 er kwam omwille van een klassiek potje partijpolitiek armworstelen: na de volksraadpleging gunden CD&V en N-VA de sp.a geen 'overwinning' en dus werden de hakken in het zand gezet. Die houding speelde. Maar belangrijker was de financiële beduchtheid voor kandidaat-bouwer Noriant en de vrees voor politiek gezichtsverlies als gevolg van juridische claims door de bouwgroep. In het voorjaar van 2009 hadden de BAM en de regering – tegen beter weten in – twee beslissingen genomen die de

onderhandelingspositie van de bouwgroep hadden versterkt. Als wilden ze het mes toen op de eigen keel zetten (en op die van de Antwerpenaar), want de beslissingen werden genomen korte tijd na de bekendmaking van een kritisch rapport over het BAM-tracé en wetende dat een volksraadpleging er zat aan te komen. Sindsdien beheerst de ambitie om Noriant aan boord te houden de Oosterweelagenda binnen de regering. In zo'n context vormt elk mogelijk alternatief tracé een potentiële bedreiging in plaats van een oplossing.

Tot vandaag blijft de contractuele relatie tussen BAM (met als hoofdaandeelhouder de Vlaamse regering) en Noriant het zwarte gat in de publieke kennis over het Oosterweeldossier. Zelfs parlementsleden mogen de relevante documenten hierover niet inkijken. Voor een goed begrip van de politieke Oosterweeldynamiek leveren ze nochtans de cruciale informatie. Drie en een half jaar al verhindert dit zwarte gat dat de problematiek van een derde Scheldekruising op politiek niveau in eerste instantie wordt behandeld als een mobiliteitsdossier. Deze impasse in het dossier zal slechts doorbroken worden wanneer de regering haar zelfgecreëerde band met Noriant, die er een is van voortschrijdende contractvorming in de feiten, doorknipt. Dat moment dient zich dit najaar aan.

Tijd voor een reconstructie van het ontstaan van die band.

Hoe het allemaal begon

In september 2005 wordt het bestek voor het bouwproject vrijgegeven, met daarin de vergoedingen die kandidaat-bouwers zullen ontvangen voor geleverde prestaties die niet leiden tot het verkrijgen van de opdracht. Het gaat om 500.000 € voor het indienen van een BAFO ('best and final offer') en 800.000 € voor het opstellen van de bouwaanvraag. In de loop van de aanbestedingsprocedure blijkt al vlug dat deze bedragen weinig realistisch zijn. Op 15 juni 2006 heeft *Trends* het over kandidaten die reeds 2 tot 5 miljoen € investeerden in de technische en administratieve voorbereiding van hun BAFO. In een juridische procedure voor de Raad van State voert THV Loro eind 2006 aan dat haar offerte het werk was van 150 medewerkers voor een prijs van 10 miljoen € - een bedrag dat ook Antwerpse Bouwwerken later op haar ingediende BAFO plakt. En vlak voor BAM in mei 2009 de bouwaanvraag voor het BAM-tracé indient, heeft projectdirecteur Lode Franken van Noriant het in *De Tijd* al over 30 miljoen € gepresteerde manuren (7 maart 2009), ofwel vijftwintig maal de kostenvergoeding uit het bestek. Enkele dagen later bevestigt CEO Johan Beerlandt van Besix, dat deel uitmaakt van Noriant, dit cijfer in *De Morgen* (10 maart 2009).

Op 21 december 2007 duidt de raad van bestuur van BAM het bouwconsortium Noriant aan als enig overgebleven voorkeursbieder in het kader van de onderhandelingsprocedure voor het DBfM-contract voor de Oosterweelverbinding. Vanaf dan heeft Noriant dus recht op 500.000 € kostenvergoeding, zoals ook alle niet-weerhouden kandidaten die een geldige BAFO voorlegden.

Op 16 mei 2008 keurt de raad van bestuur van BAM een ontwerp van voorcontract goed tussen BAM en Noriant, waarin wordt vastgelegd tegen welke voorwaarden Noriant reeds precontractuele activiteiten kan uitvoeren. Dit voorcontract heeft initieel een waarde van 60 miljoen €, maar het bedrag wordt uiteindelijk herleid tot de helft daarvan. Afsproken wordt dat Noriant in een eerste fase een definitief aanbiedingsontwerp zal opmaken dat als uitgangspunt moet dienen voor de bouwaanvraag. Wanneer BAM dit document als volledig beoordeelt maar uiteindelijk toch geen

contract wordt gesloten, zal Noriant daarvoor 3 miljoen € ontvangen. In een tweede fase moet Noriant een conditionerings- en werkvoorbereidingsdossier plus het integraal ontwerp voorleggen. Dat laatste is een gedetailleerde uitwerking van het definitief aanbiedingsontwerp. Bij formele acceptatie door BAM van die documenten maakt Noriant aanspraak op een bijkomende kostenvergoeding van maximaal 32,7 miljoen €.

Deze fasen van de aanbestedingsprocedure in een voorcontract vastleggen is niet onverstandig. De gevraagde prestaties worden correct becijferd (met in bijlage een kostencurve) en er kan tijdswinst worden geboekt bij de opmaak en controle van de plannen. Bovendien – en dat is cruciaal – staan in het voorcontract afbreukrisico's opgenomen die mogelijke schadeclaims ten aanzien van BAM beperken. Zo maakt Noriant enkel aanspraak op de overeengekomen vergoeding voor de in fase 1 werkelijk geleverde prestaties, wanneer uiterlijk op 1 juni 2010 geen DBfM-contract is afgesloten. Voor fase 2 aanvaardt BAM principieel geen afbreukrisico's vóór het ondertekenen van een zogenaamd Design Sign-Off, dat als voorwaarde wordt vastgelegd voor het van kracht worden van het voorcontract. Ook voor deze fase wordt als uiterste datum 1 juni 2010 vastgelegd. Opvallend verder: in het voorcontract staat uitdrukkelijk vermeld dat Noriant in deze fase geen recht heeft op een vergoeding voor eventuele winstderving. Een bouwconsortium dat zich contractueel hiertoe zou verbinden, kan later moeilijk nog het tegendeel aanvoeren voor een rechtbank.

Het voorcontract wordt goedgekeurd door beide partijen, maar nog niet ondertekend, o.a. omdat gewacht wordt op het voorcontract voor het bouwdok, legt BAM-CEO Jan van Rensbergen op 17 juni 2008 uit in het Vlaams parlement. Desondanks mag Noriant toch al fase 1 opstarten: op 1 mei 2008 dient het bouwconsortium het definitieve aanbiedingsontwerp in. Aan het parlement meldt Van Rensbergen in dat verband dat BAM bezig is met het 'afronden van de onderhandelingen': het ontwerp wordt getoetst op conformiteit en volledigheid en tegelijk wordt de bouwvergunningaanvraag klaargemaakt. Die bouwaanvraag wil BAM op 1 september 2008 indienen. Verschillende parlementsleden polsen naar het hoe en wat van het voorcontract, dat ze niet te zien krijgen 'gelet op de vertrouwelijkheid van de lopende onderhandelingsprocedure'. Hun vragen verraden frustratie over het gebrek aan zicht op de gang van zaken. Eenzelfde frustratie heerst bij betrokken kabinetten uit de politieke meerderheid. Een intern partijverslag heeft het over het BAM-management dat 'weinig pottenkijkers' duldt en alleen meedeelt wat het kwijt wil.

Onafhankelijk onderzoek

Inmiddels genieten verschillende actiegroepen tegen de Oosterweelverbinding steeds meer steun in academische, artistieke en politieke kringen. Op 20 juni 2008 staat de Antwerpse Grote Markt vol manifesterende jongeren, bekende muzikanten zingen een protestsong, actiegroep Ademloos kondigt een volksraadpleging aan, de media zoomen in op het debat, de vraag om een onafhankelijk onderzoek over het alternatieve tracé van stRaten-generaal klinkt steeds luider.

Onder druk van dit alles beslist de Vlaamse regering op 27 juni 2008 om alsnog een dergelijk onderzoek op te starten. Minister-president Kris Peeters stelt dat dit evenwel geen invloed zal hebben op de lopende aanbestedingsprocedure voor de Oosterweelverbinding. stRaten-generaal is het daarmee niet eens en vraagt twee dagen later in een open brief aan de minister-president om de bouwaanvraag voor het BAM-tracé niet in te dienen vóór het onafhankelijk onderzoek is afgerond:

‘De onderzoeksresultaten zijn immers te beschouwen als een cruciaal openbaar document voor het analyseren van het bouwproject. Deze documenten dienen openbaar te zijn wanneer het openbaar onderzoek zich richt tot de bevolking.’

Op 2 juli herhaalt de minister-president in het parlement dat de procedure niet wordt opgeschort. Ook BAM communiceert in die zin: ‘Het zou onverantwoord zijn alle voorbereidende stappen nu stop te zetten’. Zoals eerder gepland wordt de bouwaanvraag in de loop van die zomer afgewerkt met het oog op het indienen ervan in september. Voorwaarde daartoe was dat BAM eerst het aanbiedingsontwerp als volledig beoordeelt, waardoor de overeengekomen 3 miljoen € kostenvergoeding voor fase 1 impliciet aan de 500.000 € + 800.000 € voor de BAFO mag worden toegevoegd. De teller staat dan op 4,3 miljoen €. Bij eventuele verbreking van de onderhandelingen kan Noriant met redelijke zekerheid aanspraak maken op dit bedrag als kostenvergoeding.

Op 19 september 2008 beslist de raad van bestuur van BAM om de bouwaanvraag toch in te houden. Uit juridisch advies van huisadvocaat Stibbe blijkt dat stRaten-generaal gelijk heeft: de resultaten van het alternatievenonderzoek moeten aan de bouwaanvraag worden toegevoegd om het openbaar onderzoek geldig te laten verlopen.

Het opstarten van het onafhankelijk alternatievenonderzoek heeft nog een ander procedureel gevolg: het eerder uitonderhandelde voorcontract wordt finaal niet getekend. Dat is logisch: zich juridisch verbinden tot volgende fasen in een aanbestedingsprocedure is weinig raadzaam binnen een context waarin het bouwproject op basis van nieuw onderzoek misschien afgevoerd zal worden. Maar daardoor krijgen uiteindelijk ook de overeengekomen afbreukrisico's geen definitief karakter. In november 2008 wijst het Rekenhof hierop en maant het BAM aan tot het alsnog opnemen van afbreukrisico's in een voorcontract. Dat gebeurt niet. Integendeel: op 15 oktober 2008 laat BAM toe dat Noriant het zogenaamde Gecoördineerd Contract Dossier – ofwel de finale offerte die de basis moet vormen voor volgende contractuele afspraken – indient. Dat is vlak voor de Vlaamse regering op 24 oktober bekend maakt dat het onafhankelijk alternatievenonderzoek zal worden gegund aan de tijdelijke vereniging Arup UK (London) – SUM Research.

Een nachtelijke overeenkomst

En dan gebeurt iets vreemds. Op 3 maart 2009, in de nacht vóór het studieconsortium Arup/SUM zijn resultaten van het alternatievenonderzoek publiek maakt, leggen BAM en Noriant nieuwe afspraken vast in een zogenaamd Design Sign-Off (DSO). De overeenkomst wordt ondertekend door het management van BAM en door de ingenieurs Lode Franken en Olivier Legrand namens Noriant, onder opschortende voorwaarde van goedkeuring door de raad van bestuur van BAM en het directiecomité van Noriant tegen uiterlijk 20 maart 2009. Het is een merkwaardig moment om dergelijk voorakkoord op papier te zetten, wetende dat enkele uren later het dossier een drastisch andere wending kan nemen.

Aan het Vlaams parlement legde BAM-CEO Jan van Rensbergen op 17 juni 2008 al uit wat zo'n Design Sign-Off inhoudt: ‘DSO is de term die ik gebruik om eigenlijk drie kwart van het DBfM-contract af te sluiten in een voorakkoord betreffende het definitieve aanbiedingsontwerp, de conformiteit, de overeenstemming met onze gewijzigde vraagspecificatie, de kostprijs – de investering, het

onderhoud, alle kostprijselementen die niet-financieringsgerelateerd zijn – alle documenten die we *ne varietur* wensen vast te leggen.'

In het geval dat de raad van bestuur van BAM die DSO effectief goedkeurt, zal Noriant dus 'drie kwart' van het eindcontract op zak hebben. Maar zover zal het misschien niet komen, beseffen de betrokkenen daags na de nachtelijke beraadslaging. Want op 4 maart 2009 krijgt het BAM-tracé een onvoldoende in het eindrapport van het alternatievenonderzoek. Er wordt o.a. gewezen op ruimtelijke problemen aan het Sportpaleis, waar het BAM-tracé middels 19 rijstroken zal worden gekoppeld aan de huidige Antwerpse ring. Daarvoor is een viaduct nodig met een breedte van 106 meter, midden in dichtbevolkte woonwijken.

Tijdens de powerpoint-presentatie aan de regering, het Antwerpse college en later die dag ook aan BAM en stRaten-generaal toont Arup/SUM een rangschikking van de onderzochte alternatieven, waarbij het BAM-tracé de tweede plaats krijgt na het alternatieve tracé van stRaten-generaal. Op vraag van de opdrachtgever (Vlaamse regering) wordt de dia uit de presentatie verwijderd die later aan pers en publiek wordt getoond. Officiële reden: het opmaken van een rangschikking behoorde niet tot de opdracht van Arup/SUM.

Ook het naar voor schuiven van een optimalisering van het stRaten-generaal-tracé behoorde niet tot de opdracht. Maar het studieconsortium doet dit toch. Het nieuw-voorgestelde alternatief gaat iets westelijker door de haven en telt een op- en afrittencomplex minder. Het wordt het Arup/SUM-tracé genoemd. Over dit scenario bestelt het Antwerpse college op 3 april 2009 in samenspraak met de Vlaamse regering een vervolgstudie bij Arup/SUM. Desondanks, en voorbijgaand aan de onvoldoende voor het BAM-tracé in het alternatievenonderzoek, beslist de raad van bestuur van BAM op 17 april 2009 om de Design Sign-Off voor het bouwen van het BAM-tracé toch goed te keuren.

Deze beslissing is niet alleen vermetel, gelet op de context. Ze vormt ook een kantelmoment in de contractuele relatie tussen BAM, de Vlaamse regering en Noriant.

Fase 1 uit het eerder niet-ondertekende maar wel door beide partijen goedgekeurde voorcontract van mei 2008 wordt erdoor afgerond. Want het 'volledig en in overeenstemming' verklaren door BAM van het definitief aanbiedingsontwerp voorgelegd door Noriant was een voorwaarde voor het opmaken van een DSO. Verder wordt overeengekomen dat fase 2 uit hetzelfde niet-ondertekende voorcontract op korte termijn contractueel bevestigd zal worden. In het Vlaams parlement had BAM-CEO Van Rensbergen op 17 juni 2008 al uitgelegd dat een DSO de voorwaarde was voor het van kracht worden van deze fase uit het voorcontract. In dat contract was bepaald dat de voor fase 2 relevante delen van de projectkwaliteitsplannen en deelkwaliteitsplannen 'zo spoedig mogelijk na Design Sign-Off aan BAM ter Acceptatie worden voorgelegd'. In de Design Sign-Off zelf verbindt BAM zich ertoe zich in te spannen om 'tegen uiterlijk 30 september 2009' een 'aan de huidige situatie aangepast' voorcontract te tekenen dat 'zal gebaseerd zijn op het Voorcontract met betrekking tot het Precontractueel Ontwerpen door Noriant en de Precontractuele Acceptatie door BAM, zoals goedgekeurd door de Raad van Bestuur van BAM op 16 mei 2008'.

De DSO werpt ook zijn schaduw vooruit. In de overeenkomst engageert Noriant zich om binnen de twee maanden – dus voor half juni 2009 – haar kernteam en de externe engineeringbureaus te hermobiliseren, waarna een periode van tien maanden nodig is 'voor het opstellen en het accepteren

van het Integraal Ontwerp en het Conditionerings en Werkvoorbereidingsdossier', d.w.z. de documenten uit de tweede fase van het eerder niet-ondertekende voorcontract. Ondanks de alarmsignalen over de haalbaarheid van de Oosterweelverbinding (verbrokkelend maatschappelijk draagvlak, negatieve evaluaties in onderzoeken) en zonder de resultaten af te wachten van het door het Antwerpse college opgestart onderzoek over een veelbelovend alternatief zet BAM Noriant opnieuw aan het werk.

BAM voert sindsdien aan dat Noriant geen financiële rechten kan putten uit de DSO zolang er geen getekend DBfM-contract is, verwijzend ook naar juridisch advies (13 maart 2009) van Stibbe en naar een beoordeling (21 januari 2010) door het Rekenhof. Een DSO houdt inderdaad geen verplichting in om de opdracht daadwerkelijk te gunnen, maar het document – 'drie kwart van het DBfM-contract' – versteekt wel een eventuele claim, bij niet-gunning, dat het bouwconsortium significant dichter dan voorheen bij het binnen halen van de opdracht stond en dat BAM ook dergelijk signaal uitzond. Noriant kan aanvoeren dat de DSO BAM en Noriant in een nieuwe contractuele fase van de onderhandelingen bracht, al was het maar omdat de opmaak van dergelijk voorakkoord niet voorzien was in het oorspronkelijke bestek. De in het bestek opgenomen onderhandelingsleidraad kan voortaan niet zonder meer worden beschouwd als het alfa en omega voor de financieel-juridische relatie tussen BAM en Noriant. Er is een kwalitatief nieuwe stap gezet, voorbij de in het bestek gevraagde engagementen door het bouwconsortium.

Schadeclaim

Een week na de nachtelijke ondertekening van de DSO lijkt BAM-woordvoerder Nick Orbaen deze stelling te bevestigen in de media: 'Noriant is uit de procedure gekomen als preferred bidder en we hebben al een principeovereenkomst over de offerte. In deze fase kan Noriant een schadevergoeding eisen als het contract toch nog naar een andere aannemer gaat' (*De Morgen*, 10 maart 2009).

De volgende vraag wordt dan: wat wordt bedoeld met een 'schadevergoeding'? In *Bang voor de brug* (januari 2010) vertolkt Jean-Charles Verwaest de zienswijze hierover van Noriant: 'Bouwconsortium Noriant maakt zich sterk dat het zich tijdens de hele aanbestedingsprocedure en tijdens alle onderhandelingen correct heeft gedragen en dat het dit ook eist van de overheid als contractspartner. Een schadeclaim bij contractbreuk kan dan ook zeer hoog oplopen. Vermoedelijk wordt deze claim in twee delen opgesplitst: een vergoeding voor de directe en indirecte kosten van de aanbesteding, en een vergoeding voor het derven van de uitvoering en de winstmarge op het project dat niet meer mag worden gebouwd.'

Dat Noriant minstens vergoeding voor de geleverde prestaties zal nastreven, beseft ook BAM. Bij de 13de parlementaire voortgangsrapportage (21 januari 2010) zegt CEO Van Rensbergen hierover: 'Natuurlijk valt te verwachten dat Noriant bij een eventueel definitief afbreken van de onderhandelingsprocedure zijn belangen ten volle zal verdedigen, door het indienen van een schadeclaim ter vergoeding van alle gemaakte kosten.' Op basis van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek kan het bouwconsortium effectief aanspraak doen gelden op dergelijke vergoeding voor alle voorbereidend werk. Dit deel van de Noriant-schadeclaim zal alleszins hoger liggen dan de 1,3 miljoen € vastgelegd in het bestek of de 4,3 miljoen € 'verworven' na de volledigheidverklaring van het aanbiedingsontwerp. In maart 2009 plakt Noriant zelf al het bedrag van 30 miljoen € hierop,

ofwel iets meer dan 1 procent van de toentertijd gehanteerde kostprijs van 2,8 miljard euro voor de Oosterweelverbinding. Op 19 april 2012 heeft *De Tijd* het over 50 miljoen € investeringskosten, waarvan Besix en CFE als belangrijkste bouwgroepen binnen het consortium Noriant elk een kwart voor hun rekening namen.

Voor het andere deel van een eventuele schadeclaim zal Noriant uitgaan van een vergoeding voor gedeelde winst, d.w.z. het bedrag dat het bouwconsortium misloopt door het niet binnenhalen van de bouworder. In aannemerskringen wordt hierop gemeenlijk een cijfer tussen 10% en 17% van de totale kostprijs van het bouwproject geplakt. Om dit deel van de schadeclaim te bepleiten zal Noriant minstens moeten kunnen aantonen dat er een reëel perspectief bestond op het afronden van de onderhandelingen én dat BAM onzorgvuldig handelde in de aanloop naar het afbreken van die onderhandelingen. Eventuele rechten kunnen daarbij worden geput uit het bestaan van voorcontracten of voorakkoorden.

Vóór 17 april 2009 kan alleszins geen sprake zijn van 'contractbreuk'. Tot die dag wordt een klassieke aanbestedingsprocedure gevolgd op basis van een bestek waarin (bescheiden) kostenvergoedingen zijn voorzien voor geleverde prestaties, met name het voorleggen van een 'best and final offer' en van een bouwaanvraag. Na de goedkeuring van het DSO wordt een en ander discutabel, want ook een voorakkoord is een contract. Minstens kan worden aangevoerd dat de DSO wijst op een 'meeting of minds', een verondersteld akkoord afgeleid uit de handelswijze van de onderhandelingspartner en voorafgaand aan de effectieve contractsluiting.

Toeval of niet, maar op 7 maart 2009 – enkele dagen na de nachtelijke ondertekening – wordt voor het eerst een exorbitant bedrag geplakt op een mogelijke schadeclaim door Noriant. De krant *De Tijd* heeft het over 400 miljoen €, ofwel c. 15% van de toenmalig gehanteerde kostprijs van de Oosterweelverbinding. Het bedrag wordt op 12 maart bevestigd (of overgenomen?) in *Trends*, dat een parlementair onderzoek bepleit. Op dat specifieke moment heeft het consortium enkel een niet-getekend voorcontract en een nog niet goedgekeurd DSO in handen. Het is daarom weinig waarschijnlijk dat Noriant op die data aanspraak kan maken op dergelijk bedrag. Maar dat verandert dus op 17 april 2009.

Politiek schijnmanoeuvre met gevolgen

Twee weken later zet BAM nog een volgende stap in de onderhandelingsprocedure met de voorkeursbieder. Op 4 mei 2009 dient de beheersmaatschappij de bouwaanvraag in die Noriant heeft opgemaakt voor de Oosterweelverbinding.

Na de bekendmaking van het Arup/SUM-rapport was begin maart een breuk ontstaan in de Vlaamse regering: sp.a wilde een vervolgstudie bestellen over het Arup/SUM-tracé, Open Vld en CD&V wilden doorgaan met het BAM-tracé. Tien weken voor de Vlaamse verkiezingen was het voor minister-president Peeters zaak om zijn regering samen te houden. Het politieke compromis was dat de stad Antwerpen de vervolgstudie mocht bestellen en dat de Vlaamse regering tegelijk, via BAM, de bouwaanvraag mocht indienen. Dit compromis van 28 maart 2009 kreeg de krachtige term 'dubbelbesluit' opgekleefd, maar in feite was het een zwakgebod voortkomend uit politieke logica in plaats van bestuurlijke coherentie.

In het dubbelbesluit zat voor elke regeringspartij wat wils, opdat eenieder met de eigen trofee kon zwaaien richting de verkiezingen van 7 juni 2009. Maar zo ontstond een absurde en rechtsongeldige situatie: het openbaar onderzoek over de bouwaanvraag – de allerlaatste stap richting bouwvergunning – werd opgestart, terwijl tegelijk nog een studie in opmaak was over een alternatief voor het te vergunnen bouwproject. Zonder kennisgeving van de inhoud van een alternatievenstudie kan een overheid geen correct openbaar onderzoek voeren over een bouwaanvraag. Dat had het advocatenbureau Stibbe in de zomer van 2008 al uitgelegd aan BAM, toen BAM overwoog om de bouwaanvraag in te dienen tijdens het eerste alternatievenonderzoek.

Achter het dubbelbesluit ging niet alleen een partijpolitieke logica schuil maar ook een procedurele. Op 15 mei 2009 zou de regering een nieuwe Vlaamse codex ruimtelijke ordening goedkeuren, die een beperking in de tijd voorziet bij de behandeling van bouwaanvragen. De nieuwe codex zou op 1 september 2009 van kracht worden. Door de bouwaanvraag voor de Oosterweelverbinding nog vóór die data te laten indienen, garandeerde de regering dat geen vervaldatum zou gelden voor de aanvraag.

Het dubbelbesluit was een politiek schijnmanoeuvre, als electorale communicatie gericht op de korte termijn. Maar voor Noriant bracht de regeringsbeslissing wel twee reële gevolgen met zich mee, die het bouwconsortium op lange termijn kan benutten in een rechtsgang. Met haar beslissing van 28 maart 2009 gaf de regering vooreerst groen licht aan BAM om korte tijd later, op 17 april, de Design Sign-Off te ondertekenen. De bouwaanvraag indienen zonder een bereikt akkoord over het ontwerp en de ermee overeenstemmende kostprijs heeft immers geen zin, legde BAM-CEO Van Rensbergen al uit op de raad van bestuur van 19 september 2008, aangezien het ontwerp intellectueel eigendom is van Noriant. Verder creëerde de beslissing ook de context voor de laatste fase in de wettelijk voorziene procedure richting een bouwproject: het indienen van de bouwaanvraag.

Op de raad van bestuur van BAM van 21 maart 2008 werd de fase van het goedkeuren van de bouwaanvraag reeds bestempeld als een van de drie sleutelmomenten in de onderhandelingsprocedure, samen met het ondertekenen van de DSO en de precontractuele acceptatie van het Integraal Ontwerp. Het enige overheidsniveau dat het project na indiening van de bouwaanvraag administratief nog kan afkeuren is de Vlaamse regering, als vergunningverlener. Aanvoeren dat de bouwaanvraag niet voldoet wordt alvast moeilijk voor de regering, nadat het via BAM zelf de bouwaanvraag voor volledig liet verklaren en nadat het middels een regeringsbeslissing had laten verstaan ‘geen belemmeringen’ te zien en akkoord te kunnen gaan, ‘gelet op het geleverde studiewerk en de gemaakte evaluaties’ dat BAM de bouwaanvraag indient voor de Oosterweelverbinding.

De politieke dynamiek die ervoor zorgde dat enkele weken voor de verkiezingen van juni 2009 nog vlug de bouwaanvraag voor de Oosterweelverbinding werd ingediend heeft de juridische positie van Noriant versterkt. Met het ondertekenen van de DSO en het indienen van de bouwaanvraag binnen een periode van twee weken haalde Noriant twee ‘vette vissen’ binnen, twee belangrijke stappen in de onderhandelingsprocedure die het bouwconsortium als verworven kan beschouwen. Sinds 17 april en 4 mei 2009 is Noriant daarom meer dan zomaar een Bieder.

Op 21 januari 2010 stelt het Rekenhof in het Vlaamse parlement dat BAM bij niet-gunning van de opdracht niet verplicht is een schadevergoeding te betalen ‘krachtens de normale regels van de overheidsopdrachten’. De relevante vraag is echter of dat ook geldt bij onderhandelingsprocedures

waarbij een voorakkoord is getekend en de bouwaanvraag reeds is ingediend. Gelet daarop kan het afbreken van de onderhandelingen op zich als een *culpa in contrahendo* (nalatigheid of fout tijdens de contractvorming) worden beschouwd.

Tegen beter weten in (negatieve evaluatie door Arup/SUM, afkalvend draagvlak) heeft de regering eind maart 2009 de kans gemist om de onderhandelingen met Noriant stil te laten leggen. Om politieke redenen (geen gezichtsverlies lijden, nakende verkiezingen) heeft ze daarentegen de relatie met de bouwgroep geheractiveerd, contractueel verdiept en via toestemming om de bouwaanvraag in te dienen ook procedureel in een nieuwe fase gebracht. Sindsdien beschikt de bouwgroep over juridische munitie om met enige werkelijkheidszin te dreigen met schadeclaims bij verbreking van die relatie.

Sindsdien en als gevolg daarvan werd de Oosterweelverbinding een fetisj voor de Vlaamse regering. Welk voortschrijdend inzicht ook over de mobiliteitsproblematiek in en rond Antwerpen neerdaalde, het BAM-tracé moest en zou deel blijven uitmaken van het Masterplan. Het risico op schadeclaims was te groot geworden.

Gemiste kans na een volksraadpleging

Een maand na de verkiezingen bericht *De Morgen* dat Noriant de nieuwe toekomstige Vlaamse regering 'meteen onder druk zet' (7 juli 2009). De bouwgroep dreigt met forse schadeclaims, wijzend op de vaststelling dat ze alle procedures zorgvuldig heeft gevolgd. Volgens de krant hebben welingelichte bronnen binnen het bouwconsortium het over 'heel erg hoge bedragen, in de lijn met de totale kostprijs van de Oosterweelverbinding.' Aan Belga legt Lode Franken van Noriant uit dat het maar normaal is dat het bouwconsortium 'contractueel-zakelijk zijn rechten vrijwaart' en dat het daarbij gaat om een vergoeding van de gemaakte kosten én om een schadevergoeding. Dezelfde dag vraagt Noriant dat het door beide partijen goedgekeurde voorakkoord wordt publiek gemaakt. stRaten-generaal sluit zich in een persbericht aan bij de vraag van Noriant, opdat correct kan worden ingeschat waarop Noriant alludeert. Want een week eerder waarschuwde Karel Vinck, voorzitter van de raad van bestuur van BAM, zelf ook voor 'aanzienlijke schadevergoedingen' in het geval dat de regering het BAM-tracé zou schrappen (*Knack*, 7 juli). BAM bevestigt dat er een voorakkoord is, maar wil het niet vrijgeven. Ook het parlement krijgt de DSO niet te zien.

De timing van deze communicatie door Noriant is niet toevallig. Daags nadien zou Arup/SUM de resultaten bekend maken van het vervolgonderzoek. Bovendien nam in de voorgaande weken het appèl aan de nieuwe regering weer toe om de groeiende kritiek op de Oosterweelverbinding toch ernstig te nemen. Op 25 juni 2009 liep het openbaar onderzoek over de bouwaanvraag voor de Oosterweelverbinding af. Er werden 11.335 bezwaarschriften ingediend, wat voor Vlaanderen een ongezien hoog aantal is. De volgende dag overhandigde actiegroep Ademloos 66.158 handtekeningen voor het opstarten van een volksraadpleging. En nog een dag later communiceerden de ontwerpers van het BAM-tracé plots dat ook zij de situatie met de 19 rijstroken aan het Sportpaleis 'geen goede oplossing' vonden (*De Standaard*, 27 juni 2009). Op zich een vreemde demarche, want waarom brachten ze hun kritiek pas naar buiten twee dagen nadat het openbaar onderzoek over de bouwaanvraag werd afgerond, een bouwaanvraag die niet vlug genoeg kon

worden ingediend? Zelden werd de kortsluiting tussen de politieke dynamiek *achter* het dossier en de realiteit *van* het dossier zo manifest zichtbaar.

Uit het op 8 juli 2009 bekendgemaakte vervolgonderzoek blijkt dat het Arup/SUM-tracé technisch en financieel haalbaar is. Het tracé kan in 2016 opgeleverd worden. Sp.a ziet hierin een kans voor eventuele koerswijziging in het dossier. Maar minister-president Kris Peeters gaat op de rem staan: de regering houdt de studie én het alternatief op een zijspoor. Op 14 juli 2009 raakt bekend dat actiegroep Ademloos een voldoende aantal geldige handtekeningen indiende – er komt dus een volksraadpleging over de Oosterweelverbinding. Over het alternatieve tracé mag echter geen vraag voorgelegd worden, maakt de minister-president duidelijk. De Antwerpenaar mag zich enkel uitspreken over het BAM-tracé, niet over een alternatief.

Desondanks laat het college in de door de stedelijke overheid verspreide informatiebrochure het meer noordelijk gelegen Arup/SUM-tracé opnemen, als tegenhanger voor het BAM-tracé. De brochure belandt in elke Antwerpse brievenbus. Over het alternatieve tracé mag dan wel geen vraag worden voorgelegd, maar de brochure-uitleg over twee verschillende tracés toont aan dat de volksraadpleging voor het stadsbestuur (als organiserende instantie van de volksraadpleging) net zoals voor het initiatiefnemende Ademloos om een keuze tussen tracés gaat, niet om een keuze tussen een brug of een tunnel op één tracé.

De volksraadpleging vindt plaats op 18 oktober 2009. Het BAM-tracé – op het stemformulier vermeld als ‘het huidig voorziene tracé’ – wordt weggestemd. Die zondagavond zegt burgemeester Patrick Janssens zich zorgen te maken over de reacties van de voorstanders van het BAM-tracé: ‘Er staan immers veel belangen en veel geld op het spel.’ De krant *De Tijd* duidt ‘s anderendaags wat hij bedoelt:

De druk zal groot zijn op Peeters & co om toch het BAM-tracé te realiseren, desnoods met enkele aanpassingen. Die druk zal van de NV BAM komen, anders komt haar voortbestaan in gevaar. Maar zeker ook van het 15 bedrijven tellende bouwconsortium Noriant dat met schadeclaims dreigt als de Lange Wapper er niet komt. Noriant stond immers op een zucht van een investeringsproject van dik 2,2 miljard euro.

Noriant laat inderdaad meteen weten schadeclaims te zullen indienen, wanneer de lopende contractprocedure niet tot een opdracht leidt voor de bouwgroep. ‘We zijn nog altijd de voorkeursbieder voor de realisatie van de Oosterweelverbinding,’ laat projectleider Lode Franken optekenen in *De Tijd* (20 oktober 2009). ‘Daar heeft het referendum niets aan veranderd.’

Op 19 oktober 2009 – daags na de volksraadpleging – bevestigt de Antwerpse gemeenteraad dat de volksraadpleging over een tracé ging, niet over een bouwtechniek op dat tracé. Tijdens een extra zitting vindt een actualiteitsdebat plaats, waarna de gemeenteraad volgende resolutie goedkeurt:

De gemeenteraad roept de Vlaamse regering op om samen met het Antwerpse stadsbestuur te werken aan een totaaloplossing voor de mobiliteit in en rond Antwerpen met een groter maatschappelijk draagvlak dan het voorliggende BAM-tracé.

Op 23 oktober geeft de stad Antwerpen een negatief advies voor de bouwaanvraag. In het advies blijft van het bouwproject geen spaander heel. Ingegaan wordt op de ruimtelijke impact ervan, op de luchtvervuiling, de geluidsoverlast, de barrièrevorming, de verminderde vastgoedwaarde en de

aantasting van het cultuurhistorische landschap, op de trillingen, de boskap, de geur- en lichthinder, op de milieugevolgen en de effecten op volksgezondheid, op de sociaalgeografische onrechtvaardigheid (getroffen stadsdelen) en de uitgestelde of afgewentelde (gezondheids)kosten. Onder 4.1 Algemene conclusie punt 6 staat het genadeschot:

Vastgesteld wordt dat het dossier materieel onvolledig is, (...) Deze informatie is onontbeerlijk, zowel voor de overheid als voor belanghebbenden om de aanvraag met kennis van zake te kunnen beoordelen. De onvolledigheid van een dossier heeft verstrekken gevolgen op de wettigheid van de te nemen beslissing door de vergunningverlenende overheid.

Wie dit advies leest, weet: het college wil net als de bevolking af van het bouwproject en verklaart daartoe een eventuele goedkeuring van de bouwvraag zelf reeds onwettig. Gevolg gevend aan § 9 uit haar dubbelbesluit van 28 maart 2009 moet de regering nu een uitspraak doen over de ingediende bouwvraag 'en dit op grond van de aangereikte elementen uit het openbaar onderzoek en de adviesverlening'. Gelet op die aangereikte elementen kan de regering in principe niet anders dan de bouwvergunning formeel te weigeren. Maar dat gebeurt niet. De regering beslist om niet te beslissen. Daartoe moet ze twee dingen doen: de bezwaarschriften niet behandelen (alle 11.335 exemplaren liggen sindsdien onaangeroerd en nooit bekeken in kasten bij de administratie) plus het negatieve advies van de stad Antwerpen negeren.

Eind oktober 2009 heeft de Vlaamse regering alles in handen om gefundeerd de bouwvraag te weigeren en in één beweging ook de relatie met Noriant formeel te beëindigen, vanuit het evidente besef dat het project er nooit zal komen. Ze kan overmacht inroepen, wijzend op onderhandelingsexterne gebeurtenissen (volksraadpleging, negatieve adviezen, karrenvracht aan bezwaarschriften, het vervolgonderzoek van Arup/SUM) die onvermijdelijk hebben geleid tot het afbreken van de onderhandelingen met het bouwconsortium. Hier ligt dé kans voor de regering om onder het juk van hoge schadeclaims uit te raken, althans om op termijn te kunnen aanvoeren dat BAM geen nalatigheid of onzorgvuldigheid mag worden aangewreven in de onmiddellijke aanloop naar het afbreken van de onderhandelingen.

Maar de knoop wordt niet doorgehakt. BAM schort voorlopig wel de onderhandelingen op met Noriant en zet het in de DSO overeengekomen engagement om voorcontracten te ondertekenen die het detailontwerp en de voorbereidende werken moeten regelen 'on hold'.

Uitstelmanoeuvre

Op 30 oktober 2009 richt de regering een zogenaamde DAM-werkgroep op die de historiek en de stand van zaken van de aanbestedingsprocedure en de contractvorming met Noriant onder de loep moet nemen, inclusief de juridische consequenties van de DSO. Die werkgroep bestaat uit kabinetsleden, ambtenaren, externe deskundigen en werknemers van BAM. Ze komt in wisselende samenstelling verschillende malen samen. Tot vandaag zijn de verslagen van de werkgroep niet vrijgegeven.

Op 21 januari 2010 bevestigt minister van Mobiliteit Hilde Crevits in het Vlaamse parlement dat binnen deze werkgroep 'zeer uitvoerig werd gediscussieerd over en ingegaan op de juridische gevolgen van de zogenaamde "Design Sign-Off" en de vergoedingen die in voorkomend geval

verschuldigd zouden kunnen zijn bij niet-gunning'. Parlements lid Dirk Peeters zegt niet te begrijpen waarom de werkgroep zich buigt over mogelijke schadeclaims, aangezien regering en BAM toch stellen bij voortijdig afbreken van de onderhandelingen enkel 1,3 miljoen € kostenvergoeding te moeten betalen zoals bepaald in het bestek. Creëert dat geen onduidelijkheid en nieuwe interpretatiemogelijkheden? Minister Crevits antwoordt dat niet alleen moet worden gekeken 'naar wat je doet als je het contract niet honoreert'. Je kunt ook kijken 'of er iets mogelijk is waarbij we de contracten gedeeltelijk honoreren'.

Voor het eerst duikt hier publiekelijk het scenario op waarbij overwogen wordt om de uitvoering van een deel van de geplande werken aan Noriant te gunnen, namelijk de gelijkvloerse snelwegen op de linkeroever plus de tunnel onder de Schelde. Het is vreemd dat de regering deze denkpiste blijkbaar ernstig neemt, want ze gaat ontegensprekelijk in tegen de Europese regelgeving over openbare aanbestedingen, die gelijke behandeling van kandidaten en transparantieplichting voorschrijft.

Op 9 juli 2004 schreef BAM in opdracht van de Vlaamse regering een Europese aanbesteding uit voor het volledige BAM-tracé, niet voor een deel ervan. Het Europese Hof van Justitie stelde in het arrest Priesse (HvJ C-454/06, 19 juni 2008, Priesse Nachrichtenagentur GmbH) dat wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst voor een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een overheidsopdracht vormen in de zin van richtlijn 92/50, 'wanneer deze kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst'.

Volgens het Hof (overweging 35) is sprake van een dergelijke wijziging wanneer de overheid voorwaarden invoert die, indien zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten of tot de keuze voor een andere kandidaat dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen. In verband met de Oosterweelverbinding is dit wel degelijk het geval. De motieven die destijds hebben gespeeld bij vergelijking en selectie van de kandidaten gaan niet langer op bij weglating van een van de drie onderdelen van de opdracht, nl. de werken op de rechteroever. De normale mededinging wordt bijgevolg vertekend. De doorgevoerde wijziging moet noodgedwongen leiden tot het opstarten van een nieuwe aanbestedingsprocedure om het beginsel van de vrije mededinging te eerbiedigen.

De overweging om Noriant alsnog een deel van de werken te gunnen is bijgevolg zinloos. Een regering die deze denkpiste toch exploreert, heeft een andere bedoeling: (nog) niet publiekelijk moeten communiceren dat de onderhandelingen met het bouwconsortium worden stopgezet, zonder gunningopdracht. Uitstel van deze communicatie brengt met zich mee dat Noriant voorlopig niet naar de rechtbank stapt om 'contractueel-zakelijk zijn rechten te vrijwaren', zoals projectleider Lode Franken het indienen van schadeclaims eerder noemde. Dat bespaart de regering politiek gezichtsverlies op korte termijn, maar de gevolgde strategie – met als anker het vasthouden aan de bouwaanvraag – creëert nieuwe knelpunten in het verdere verloop van het dossier, zowel procedurele als inhoudelijke.

Op 19 november 2009 keurt het provinciebestuur van Antwerpen de milieuvergunningen van twaalf werfzones voor het BAM-tracé goed. Noriant had de aanvragen daartoe ingediend voor de volksraadpleging plaatsvond. Dat is niet abnormaal, aangezien de aannemer verantwoordelijk is voor

het bekomen van die vergunningen en de aanvragen ervoor mogen worden ingediend tijdens de behandeling van de bouwaanvraag. Noriant doorloopt dus gewoon de procedures om de aanleg van het BAM-tracé voor te bereiden. Omdat de Vlaamse regering de bouwaanvraag voor dat tracé niet afkeurde na het negatieve advies van de stad Antwerpen – en de procedure voor goedkeuring dus lopende blijft – heeft het provinciebestuur weinig keuze: wanneer het geen inhoudelijke of formele redenen ziet om de milieuvergunningen te weigeren, moet het die goedkeuren. Voor Noriant is die beslissing relevant: met de milieuvergunningen op zak kan de bouwgroep juridisch weer iets stelliger aanvoeren dat ze ver in de onderhandelingsprocedure is gevorderd, en minstens dat ze al haar engagementen heeft nagekomen.

Op 17 juni 2010 zal het provinciebestuur overigens een andere milieuvergunningsaanvraag wel weigeren. Die aanvraag voor een lokaal gecontesteerde werfzone in Deurne dient Noriant op 7 december 2009 in, twee maanden na de volksraadpleging. In maart 2011 vernietigt de Vlaamse regering echter de beslissing van het provinciebestuur en verkrijgt Noriant ook voor die werfzone zijn vergunning.

Bezigheidstherapie

De regeringsstrategie om vast te houden aan de ingediende bouwaanvraag heeft ook haar impact op de werking van een andere DAM-werkgroep, waarin eventuele alternatieven voor het BAM-tracé worden bekeken. Toevallig komt die werkgroep op diezelfde 19 november 2009 een eerste keer samen. Volgens het verslag van de vergadering is burgemeester Patrick Janssens verwonderd over de richting waarin het gaat. Hij vraagt om de denkpiste van het BAM-tracé te mogen verlaten en zelfs verder te mogen denken dan de loutere tweestelling BAM-tracé versus Arup/SUM-tracé. Hij waarschuwt voor bezigheidstherapie en bepleit dat min of meer naar een wit blad wordt gegaan. Hij meent dat men zich moet buigen over de fundamentele vraag: kiezen we om meer verkeer naar de Antwerpse ring te trekken of gaan we het doorgaand verkeer elders afwikkelen? Een ander lid van de vergadering suggereert eveneens om 'voldoende na te denken rond alternatieve routes dan de ring van Antwerpen'. Mobiliteitsexpert Chris Tampère (KUL) deelt deze bekommernis. Citaat uit het verslag:

De mobiliteitsexpert vraagt waarom de keuze gemaakt wordt om te starten vanuit een analyse van de zwaktes van de tracés die voorliggen. Waarom gaat men niet opnieuw uit van het mobiliteitsprobleem om van daaruit te zoeken naar een structurele oplossing?

De Voorzitter zegt dat het out of the box denken en alle pistes openzetten consequenties zal hebben op de timing en de huidige relaties met het consortium Noriant.

Voorzitter van de vergadering is Raf Suys, kabinetschef van minister-president Kris Peeters. Hij zit alle DAM-werkgroepen voor, ook die waarin de mogelijke gevolgen van de DSO geëvalueerd worden, en heeft bijgevolg een goed zicht op de relaties met Noriant. Zijn reactie illustreert hoezeer de bestuurlijke zorg om Noriant gaandeweg is gaan (door)wegen op het mobiliteitsdebat in Antwerpen. Natuurlijk zal out of the box denken consequenties hebben voor de onderhandelingen met Noriant, maar het omgekeerde is ook waar: om alternatieven voor het BAM-tracé te exploreren moet je net

abstractie kunnen maken van die onderhandelingen. Als dat niet kan, rest de werkgroep inderdaad niets anders dan bezigheidstherapie.

Suys merkt op dat het belangrijk zal zijn 'om te weten welke ruimte deze werkgroep krijgt' van de regering. Uit het latere verloop zal blijken dat de werkgroep geen ruimte krijgt om alternatieven te onderzoeken: het vinden van een oplossing voor de Antwerpse mobiliteitsproblematiek wordt definitief ondergeschikt verklaard aan het in stand houden van de relatie met Noriant. De eerstvolgende bijeenkomst van deze werkgroep vindt pas vier maanden later plaats, in maart 2010. Op de vergadering van 19 november 2009 vraagt burgemeester Patrick Janssens nog of het dossier 'gedepolitiseerd' kan worden, wijzend op consequenties daarvan voor de samenstelling en werkwijze van de werkgroep. Niet dus.

Doorgaand verkeer rond de stad: het Meccanotracé

Op 21 januari 2010 probeert sp.a-parlementslid Bart Martens het nog eens in het Vlaamse parlement, waar hij terugkomt op de inzet van de volksraadpleging:

Ik hoop dat de Vlaamse Regering zal uitgaan van het gewenste eindbeeld voor Antwerpen en omgeving – dat moet immers stroken met een duurzame ruimtelijke ordening en stedelijke planning van Antwerpen – veeleer dan te vertrekken van de bestaande juridische contexten en de wijzigingen die daarin nog kunnen gebeuren. We moeten dit probleem met open vizier benaderen.

Zijn oproep is vergeefs. Voor een open vizier is geen ruimte in de werkgroep. Wie dergelijk vizier wel hanteert is Forum 2020, een groep van Antwerpse bedrijfsleiders, transporteconomen en academici die een bijdrage wil leveren aan het vinden van een oplossing voor de ontstane impasse. Twee weken na de volksraadpleging contacteren zij stRaten-generaal met de vraag om een studierapport op te stellen waarin op exhaustieve wijze mogelijke oplossingsscenario's worden opgelijst en geëvalueerd, met het oog op het vinden van een voorkeursscenario dat een oplossend vermogen heeft, realistisch is en indicatief reeds op enig draagvlak kan rekenen.

Het onderzoek van stRaten-generaal resulteert in de uitvoerige studie *Van knelpunten naar knooppunten. Over mobiliteit en stadsontwikkeling in Antwerpen. Een toekomstvisie* (juni 2010), met kaarten, verkeerscijfers, prijscalculaties, historische analyses, voorbeelden uit het buitenland, enzovoort. Pièce de résistance in deze studie is het zogenaamde Meccanotracé, dat voortbouwt op dezelfde principes als die van eerdere alternatieve tracés (stRaten-generaal, Arup/SUM): geen nieuwe barrières in de stad + doorgaand verkeer maximaal weghouden van de huidige 'ring' + een bypass door de haven en ten noorden van de agglomeratie. Het tracé vormt een ketting van verschillende snelwegschakels (vandaar de naam van het tracé) die een ringweg vormen rond de stad Antwerpen. De hoofdfilosofie is dat na oplevering van deze Meccano de huidige Antwerpse 'ring' kan gaan dienen waarvoor ze ruim een halve eeuw eerder geconcipeerd werd: het verwerken van het bestemmingsverkeer van en naar Antwerpen. Het doorgaand verkeer blijft er dan immers weg en rijdt op een echte bypass rond de stad, zoals in de meeste Europese steden. In het rapport wordt onder andere verwezen naar Barcelona, Lille en Lyon.

Relevant is ook dat het Meccanotracé beantwoordt aan de verwachtingen zoals geformuleerd in de adviezen van gemeenteraad en college na de volksraadpleging van oktober 2009. De stad Antwerpen

stelde in haar adviezen vast dat een Oosterweelverbinding de problemen aan de Kennedytunnel niet oploste. Het college vroeg daarop aan de Vlaamse regering om een derde Scheldekruising te ontwikkelen binnen de context van een globale mobiliteitsoplossing in en rond de stad, en om daarbij de oude randvoorwaarden te actualiseren en vormen van rekeningrijden toe te laten. De gemeentelijke commissie voor ruimtelijke ordening (Gecoro) had in haar advies aan het stadsbestuur gesuggereerd om beter in te spelen op de oost-west gerichte vrachtverkeersstromen, om het doorgaande en lokale verkeer beter te scheiden en om het tracé voor een derde Scheldekruising meer noordwaarts te leggen. Dat is precies wat het Meccanotracé doet.

Het Forum 2020 beslist om het Meccanotracé op 24 februari 2010 wereldkundig te maken tijdens een persconferentie. Om de Vlaamse regering voorafgaand te informeren over het geleverde studiewerk wordt een afspraak gevraagd en bekomen met minister-president Kris Peeters. Op maandagmiddag 22 februari leggen twee leden van het Forum 2020 een *management summary* over de studie voor aan de minister-president en zijn kabinetschef Raf Suys, tijdens een overleg op het Martelarenplein. Ze geven tekst en uitleg aan de hand van een powerpointpresentatie en laten een memorandum achter, met daarin ook een bladzijde over het Meccanotracé. Na deze bijeenkomst laat de kabinetschef het ontvangen memorandum bezorgen aan ingenieur Patrick Debaere, projectleider voor de Oosterweelverbinding bij BAM. Hem wordt gevraagd om tegen 's anderendaags een evaluatienota te schrijven. Diezelfde maandag nog om kwart voor acht uur 's avonds nodigt de kabinetschef het kernkabinet van ministers uit voor een vergadering waarop o.a. het Meccanotracé besproken zal worden. De vergadering wordt geagendeerd op woensdagmorgen 24 februari 2010 om kwart voor negen, vlak voor het Forum zijn persconferentie zal geven.

Ingenieur Debaere schrijft de gevraagde nota en bezorgt die aan het kabinet van de minister-president, waar het document wordt 'gefinaliseerd'. In de anonieme eindnota blijkt het Meccanotracé met de natte vinger te worden weggeschreven. De nota staat vol gissingen en aannames over het alternatief, die illustreren dat je geen grondige evaluatie kan maken van een nieuw voorstel van tracé op basis van een beperkt aantal paragrafen uit een beknopt memorandum.

Op woensdagmorgen 24 februari 2010 legt minister-president Peeters de nota voor aan zijn kernkabinet. Wie de auteur is wordt niet bekendgemaakt aan de aanwezige ministers. Drie maanden later is de mist hierover nog steeds niet opgeklaard: de anonieme nota staat tegen dan online als officiële overheidsanalyse van het Meccanotracé. In een mail aan stRaten-generaal beweert het kabinet van de minister-president dat de nota is opgemaakt door 'een (kabinets)medewerker'. In het Vlaams parlement verklaart minister Hilde Crevits op 20 mei 2010 dat de nota is bezorgd door de NV BAM. Bij BAM ontkennen ze dat. De verwarring is compleet. Dat het enige ooit vrijgegeven overheidsstuk over het Meccanotracé is geschreven door de BAM-projectverantwoordelijke voor het realiseren van de Oosterweelverbinding krijgt de regering tot vandaag niet over de lippen.

Op het kernkabinet van 24 februari 2010 is de sp.a het niet eens met de gang van zaken, vooral niet wanneer de minister-president suggereert om de anonieme nota aan de pers te bezorgen. De sp.a vindt dat het Meccanotracé een correcte behandeling verdient, gelet op het verrassend nieuwe karakter van de oplossing en de ongebruikelijke coalitie van de initiatiefnemers (bedrijfsleiders, transporteconomen, actiegroepen: begin van een draagvlak?), maar ook op de resultaten van de volksraadpleging en het negatieve advies door de stad Antwerpen voor de Oosterweelverbinding. Bovendien moet Forum 2020 op dat moment nog zijn persconferentie geven. Beslist wordt om de

nota in te houden en terughoudend te reageren op het Meccanoplan tot meer informatie daarover beschikbaar is.

Desondanks ligt de nota enkele uren later toch bij de krant *De Standaard*, die er de volgende dag uit put voor berichtgeving, zonder bronvermelding. Het is de enige krant die negatief rapporteert over het Meccanotracé. De andere kranten wonen de persconferentie van Forum 2020 bij en berichten over een plan dat durft af te wijken van de platgetreden paden. Op 25 februari 2012 schrijft *De Morgen*:

Maar minister-president Kris Peeters (CD&V) en zijn ministers zouden van wel erg veel arrogantie blijken geven mochten ze het voorstel dat de actiegroep StRaten-generaal met engelengeduld uitdokterde zomaar naar de prullenmand verwijzen.

De krant verwijst naar het jaar na jaar verder betonneren van het BAM-tracé en het een na een elimineren van de uitwijkmogelijkheden: 'Die strategie van de verschroeiende aarde, die politiek van de voldongen feiten zorgde ervoor dat de hele Oosterweelverbinding nu terug bij af staat.'

Op 25 februari 2010 zegt minister-president Kris Peeters in *Terzake* dat er geen tijd meer is om nog eens een aantal dingen te bekijken. Twee uur later zegt burgemeester Patrick Janssens in *Phara* dat diegenen die het Meccanoplan meteen van tafel willen vegen 'arrogant' zijn.

Op 27 februari schrijft *De Morgen*:

Peeters drong eerst zelf aan op een onderzoek naar alternatieven, dat moest uitwijzen of het BAM-tracé met de Lange Wapper wel echt de enige en beste oplossing was voor de Antwerpse mobiliteitsproblemen. Nee, zo bleek uit de befaamde ARUP/Sum-studie. Tegenslag. Daarop besliste hij om de uitkomst van het Antwerpse referendum af te wachten. Vlaanderen ging Antwerpen immers niet zomaar een brug door de strot rammen. Toen Antwerpen vervolgens tégen die brug stemde, vond Peeters dat de Vlaamse regering daar rekening mee moest houden. Op het einde van de rit is zijn standpunt exact hetzelfde als voor de studie en voor het referendum.

Dat standpunt is: hoezeer het BAM-tracé ook in twijfel getrokken wordt, we gaan ermee door. In dat verband is de meest relevante zin uit de anonieme nota wellicht die waarin wordt gesteld 'dat een contractuele breuk met Noriant aanleiding zou geven tot een hoge meerkost in de vorm van een schadeclaim.' Als projectverantwoordelijke voor de Oosterweelverbinding kan de auteur het weten.

Noriant aan boord houden

Op 18 december 2009 keurt de raad van bestuur van BAM de modaliteiten goed bij de eerder genomen beslissing om de onderhandelingen met Noriant op te schorten: in onderling akkoord met de bouwgroep is afgesproken dat de opschorting loopt tot 1 april 2010. Eind maart wordt vanaf dan ook door minister-president Kris Peeters als deadline gehanteerd voor het nemen van een beslissing over de Oosterweelverbinding. Op 19 maart herbevestigt de raad van bestuur dat de onderhandelingen opgeschort blijven, ook na een brief die Noriant aan BAM richtte. De brief is niet bij het verslag van de raad van bestuur gevoegd.

Op 30 maart 2010 beslist de Vlaamse regering om de bouwaanvraag voor het BAM-tracé voorlopig niet te weigeren noch de onderhandelingsprocedure met Noriant stop te zetten. De bouwaanvraag zal worden gehandhaafd, tenzij uit onderzoek blijkt dat een aanpassing van het bouwproject op de rechteroever (viaduct wordt tunnel) technisch en financieel haalbaar is. De sp.a moet het compromis slikken, bij vaststelling dat CD&V en N-VA geen alternatieve tracés in overweging willen nemen. Als officiële reden voor dat laatste wordt gewezen op de tijdwinst die men hoopt te boeken door alsnog een deel van de Oosterweelverbinding te recyclen. Deze uitleg klopt echter niet, want voor een aangepast Oosterweelproject – met tunnels in plaats van viaduct – moet de wettelijk voorziene procedure net zoals voor welk alternatief dan ook helemaal van vooraf aan heropgestart worden, te beginnen met stap 1: het maken van een nieuw milieueffectenrapport. De echte reden voor het vasthouden aan het BAM-tracé moet elders gezocht worden. Inhoudelijke resultaten hebben de DAM-werkgroepen niet opgeleverd, maar juridische bevindingen des te meer: de denkpiste om schadeclaims te vermijden door Noriant minstens een deel van de werken te gunnen kwam centraal te staan bij het politieke overwegen van opties, en daartoe moest het BAM-tracé overeind blijven. Na de regeringsbeslissing start BAM juridisch overleg op met Noriant.

In mei 2010 vraagt Forum 2020 aan het Vlaams Verkeerscentrum om een vergelijkende analyse te maken van het BAM-tracé en het Meccanotracé. Forum 2020 wil de factuur hiervoor betalen. Het Vlaams Verkeerscentrum krijgt geen toestemming van de regering om dergelijke vergelijking te maken. Daarop geeft Forum 2020 opdracht aan het onafhankelijke studiebureau Transport & Mobility Leuven (TML) om zowel het Meccanotracé als het BAM-tracé te modelleren op congestieoplossend vermogen. Op 15 september 2010 maakt TML de verkeersmodelleringen bekend. De eerste zin van het rapport luidt: 'Het Meccanotracé is superieur aan de Oosterweelverbinding.' De files op de huidige ring en aan de verzadigde Kennedytunnel verdwijnen bij aanleg van het Meccanotracé, dat erin slaagt een significant deel van het doorgaand verkeer aan te trekken.

Een week later, op 24 september 2010, beslist de regering om toch vast te houden aan het BAM-tracé, met dien verstande dat het viaductgedeelte wordt vervangen door vier tunnels. Opnieuw gaat het om een dubbelbesluit, want de bouwaanvraag voor een Oosterweelverbinding mét viaduct wordt tegelijkertijd niet ingetrokken of geschrapt en blijft administratief dus in behandeling. De regering gaat m.a.w. nog steeds niet over tot het formele weigeren van een bouwvergunning voor het project zoals ontworpen door Noriant. Zo blijft de Lange Wapper overeind als terugvaloptie voor het geval dat een BAM-tracé met tunnels op de rechteroever financieel of technisch toch niet haalbaar zou blijken, al wordt dat niet met zo veel woorden gezegd.

Bovendien, en belangrijker nog, wordt de bouwaanvraag – net zoals het BAM-tracé zelf – opnieuw in leven gehouden uit angst voor de schadeclaims door Noriant. Op 16 februari 2011 citeert *De Standaard* hierover het kabinet van een betrokken minister: 'Als we de bouwvergunningsaanvraag in haar geheel naar de prullenmand verwijzen, kan THV Noriant (het bouwconsortium waarmee er een voorakkoord was, red.) een grotere schadevergoeding eisen.' BAM en de regering willen Noriant aan boord houden om te vermijden dat de bouwgroep gerechtelijke stappen zou zetten. Het bestendigen van de bouwaanvraag is een voorwaarde voor het verder exploreren van de denkpiste waarop minister Crevits begin 2010 voor het eerst alludeerde: het gedeeltelijk gunnen van de Oosterweelwerken aan Noriant na gedeeltelijke goedkeuring van de bouwaanvraag. Die piste wordt na 22 september 2010 verheven tot beleidslijn.

Noriant zelf legt de lat in die periode hoger dan dat. Meteen na de regeringsbeslissing verklaart de bouwgroep af te willen zien van schadeclaims, op één voorwaarde: dat het consortium een belangrijke rol mag spelen bij de bouw van die tunnels. Lode Franken daarover in *Het Laatste Nieuws*: 'Alleen als hier geen opdracht van komt, komen wij voor onze rechten op' (25 september). Noriant verandert dus het geweer van schouder, maar het doel blijft hetzelfde: het contract binnen halen voor de aanleg van de hele Oosterweelverbinding, zelfs in gewijzigde vorm.

De krant *De Standaard* herinnert eraan dat het bouwconsortium 'op het punt stond een definitief contract te tekenen totdat de stad Antwerpen een negatief advies over de bouwvergunning gaf' (27 september). Ook wijst de krant erop dat Noriant een voorakkoord op zak geeft, jarenlang te horen kreeg dat het de werken zou mogen uitvoeren en in afwachting haar personeel klaar hield om het megaproject te kunnen opstarten. Gelet op dat laatste zal het ook argumenteren 'dat het niet kon meedingen naar andere projecten omdat het zijn capaciteit nodig had voor het Oosterweelproject'.

De eis van Noriant om nog een rol te mogen spelen bij de aanleg van het gewijzigde deel van de Oosterweelverbinding houdt juridisch weinig steek. Voor dat deel moet sowieso een nieuwe offerte uitgeschreven worden, waarbij het wettelijk uitgesloten is dat Noriant een voorkeursbehandeling krijgt. Zelfs de opdracht voor het ongewijzigde deel aan Noriant toekennen lijkt volgens kenners 'juridisch en economisch' weinig evident, schrijft de krant. Een aannemer die vroeger bij Noriant was betrokken suggereert in het artikel een tussenoplossing: in de nieuwe oproep tot offertes kunnen bidders verzocht worden zich voor dat deel te associëren met Noriant.

Het Rekenhof waarschuwt de regering voor scenario's waarbij na substantiële wijziging aan het voorwerp van de overheidsopdracht nog gepoogd wordt om Noriant aan boord te houden. Dit kan het gelijkheidsprincipe tussen de kandidaat-bidders in het gedrang brengen, zo klinkt het. In het voorjaar van 2011 schakelt minister-president Kris Peeters de advocatenbureaus Stibbe en Eubelius in om na te gaan of de Oosterweelverbinding wel gedeeltelijk kan worden gegund aan Noriant. De advocaten bevestigen wat het Rekenhof stelde. Hun adviezen worden echter niet vrijgegeven, ook niet na opvraag ervan binnen de wet op openbaarheid van bestuur.

Een overbodige vraag aan Europa

BAM en de Vlaamse regering sturen vervolgens aan op een dading met Noriant, d.w.z. een buitengerechtelijke schikking om een toekomstig rechtsgeschil over schadeclaims te voorkomen. Bij zo'n dading is het gebruikelijk dat beide partijen overeenkomen toegevingen te zullen doen waartoe ze juridisch niet verplicht zijn. Noriant is het evenwel niet eens met de interpretaties van het Rekenhof en de advocatenbureaus, en wil van geen dading weten. Het bouwconsortium bepleit dat de kwestie van een eventueel gedeeltelijk gunnen van de bouwwerken wordt voorgelegd aan Europa. Over deze periode van juridisch overleg tussen de partijen rapporteert BAM op 7 november 2011 in het Vlaams parlement:

In vertrouwelijke besprekingen onder advocaten werd de afgelopen maanden onderzocht of het mogelijk is het ongewijzigde gedeelte van het project (Linkeroever en Scheldetunnel) aan Noriant te gunnen. De juristen van Noriant zijn het niet eens met de zienswijze van de advocaten van BAM en het Vlaams Gewest dat een gunning niet mogelijk is binnen het kader van het lopende bestek. De

advocaten van Noriant verwijzen naar een precedent m.b.t. de London Underground en vragen om aan de Europese Commissie de vraag te stellen of een ingeperkte gunning al dan niet strijdig is met de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

Er werd geen akkoord bereikt over een dading, maar wel over een overeenkomst m.b.t. de aanmelding bij de Europese Commissie en een periode van stilstand.

Met stilstand wordt o.a. bedoeld dat het Vlaamse Gewest zich engageert om de lopende bouwaanvraag niet in te trekken minstens tot Europa een uitspraak heeft gedaan. Verder betekent stilstand dat de ondertekenende partijen op geen enkele wijze afstand doen van de rechtspositie die ze hebben verworven in de loop van de gunningsprocedure, maar ook dat Noriant voorlopig geen schadeclaims indient. Of zoals het in de overeenkomst onder art. 4 §2 staat:

Partijen verbinden zich er toe lopende deze Overeenkomst geen handelingen te verrichten die de in §1 vernoemde rechten, vorderingen en/of aanspraken aantasten of de uitoefening ervan onmogelijk maken dan wel deze vernoemde rechten, vorderingen en/of aanspraken uit te oefenen. Ten dien einde worden deze rechten, vorderingen en/of aanspraken tussen Partijen lopende deze Overeenkomst niet aangewend noch ingekort en ontstaat een toestand van stilstand van uitoefening van deze rechten, aanspraken en/of vorderingen.

Het akkoord wordt bereikt op 21 september 2011, tijdens een vergadering met vertegenwoordigers van de Vlaamse regering en Noriant. Op 23 september keuren de regering en de raad van bestuur van BAM de overeenkomst goed waarin de intentie staat opgenomen om het deel Linkeroever en Scheldetunnel reeds toe te kennen aan voorkeursbieder Noriant, mits toelating hiervoor van Europa. Letterlijk klinkt dat zo:

In het licht van de beslissing van 24 september 2010 van de Vlaamse Regering heeft tussen Partijen overleg plaatsgevonden over de gevolgen te verbinden aan die beslissing wat betreft de lopende gunningsprocedure.

Partijen overwegen naar aanleiding van dat overleg om samen te werken met het oog op het voortzetten van de bestaande gunningsprocedure voor een opdracht beperkt tot de Scheldetunnel en de werkzaamheden op Linkeroever (de 'Opdracht').

Alvorens op die wijze de bestaande gunningsprocedure voort te zetten voor de Opdracht, hebben Partijen overeenstemming bereikt over de voorwaarden en de modaliteiten van een aanmelding aan de Europese Commissie teneinde na te gaan of die voortzetting verenigbaar is met de toepasselijke Europese regels.

Het is veelzeggend dat de Vlaamse regering een aanmelding indient bij de Europese Commissie over het afsluiten van een contract voor de uitvoering van een halve bouwvergunning zonder haar administratie eerst te laten nagaan of de volledige bouwvergunning zelfs maar in aanmerking komt voor goedkeuring. Ruim elfduizend bezwaarschriften liggen inmiddels twee jaar ongelezen bij de bevoegde diensten, waarvan diverse handelen over de onvolledigheid en incorrectheid van de bouwplannen. De regering investeert tijd en energie in het achterhalen of een halve bouwvergunning kan worden verleend, maar is niet geïnteresseerd in een kwalitatieve evaluatie van de hele bouwvergunning. Het lijkt wel alsof de stad Antwerpen nooit een vernietigend negatief advies gaf.

In een persmededeling schetst de minister-president de context van de beslissing: 'Een bijzonder punt in het Oosterweeldossier is de afwikkeling van de relatie tussen Vlaams gewest/ nv BAM en het consortium Noriant.' Het is een understatement van jewelste, want die relatie is dan al twee en een half jaar de motor van het dossier. Voor de regering gingen politieke en juridische motieven steeds zwaarder doorwegen dan het lokaal almaar rijper wordende debat over mobiliteit, gezondheid en ruimtelijke ordening.

De nieuwe overeenkomst met Noriant wordt niet publiek gemaakt. Zonder kennisname van het document keurt het parlement op 27 september 2011 de regeringsbeslissing erover goed. Diezelfde dag schrijft stRaten-generaal in een opiniestuk op DeWereldMorgen.be:

Vorige week vrijdag besliste de Vlaamse regering om een overbodige vraag te stellen aan de Europese Commissie. De vraag luidt: mag de Vlaamse overheid de helft van het bouwproject 'Oosterweelverbinding' aan de groep Noriant gunnen na een aanbestedingsprocedure voor het gehele project en op basis van een bouwaanvraag zonder voorwerp?

Natuurlijk niet, zal de Europese Commissie antwoorden. De wetgeving op openbare aanbestedingen is duidelijk: je kunt niet in de loop van de procedure en na eliminatie van kandidaat-bouwers een grondig gewijzigde aanbesteding 'in twee hakken' en de helft ervan gunnen aan een geprefereerde aanbieder.

Het is als vragen aan de politie of je door het rood licht mag rijden. De Vlaamse regering beseft zelf ook dat ze een zinledige vraag voorlegt aan de Europese Commissie. Wellicht verklaart dit waarom ze anderhalf jaar wachtte om in dat verband een overeenkomst te sluiten met het bouwconsortium. Al op 30 maart 2010 besliste de Vlaamse regering om het viaduct te vervangen door tunnels, mits voldaan werd aan een aantal voorwaarden. Opvallend genoeg richtte de regering toen geen vraag aan Europa over het grondig wijzigen van een aanbesteding in volle gunningprocedure. Voor een regering die zegt tijdwinst te willen boeken ware dat nochtans logisch geweest, gesteld dat men die optie in die fase tenminste *ernstig* in overweging nam. Ook na de regeringsbeslissing van 24 september 2010 (viaduct wordt effectief vervangen door tunnels) vertrok geen vraag naar Europa.

Voor elk wat wils

Waarom in het najaar van 2011 dan toch beslissen om de zinledige vraag te stellen? De vraag komt er op aandringen van het met schadeclaims dreigende Noriant, dat in de stap naar Europa een middel ziet om voorkeursbieder te blijven en zo perspectief te houden op een deel van de werken. De tijd speelt in het voordeel van de bouwgroep: hoe langer de regering de relatie met Noriant onderhoudt en de groep dus blijft voorhouden dat ze inderdaad perspectief heeft op (een deel van) de werken ('voortzetten van de bestaande gunningsprocedure'), hoe geloofwaardiger het wordt om later voor de rechtbank aan te voeren dat je als gedupeerde bieder bovenop de vergoeding van de gemaakte kosten aanspraak maakt op een vergoeding voor winstderving. De overeenkomst van 23 september 2011 vormt in dat opzicht een bijkomende verbintenis waarnaar Noriant kan verwijzen.

But what's in it for the government? Toch ook wel wat, zo blijkt.

Vooreerst betekent de aanmelding aan Europa dat de heikele kwestie van mogelijke schadeclaims over de gemeenteraadsverkiezingen van 14 oktober 2012 wordt getild. Het antwoord van Europa wordt ten vroegste eind 2012 verwacht. Communicatiestilte kopen voor minstens een jaar ('we wachten op het antwoord van Europa') is politiek handig meegenomen.

Verder mag de regering al een MER-procedure opstarten voor de gewijzigde Oosterweelverbinding. In de overeenkomst staat hierover: 'Noriant en elk van de leden van Noriant aanvaarden dat BAM en/of de in §3 bedoelde dochtervennootschap van BAM de nodige werkzaamheden kan (kunnen) ondernemen houdende de opmaak van de MER-rapporten vereist naar aanleiding van de wijziging van het brug-tunnel concept in een tunnel-tunnel concept.' Het is op zich wel straf dat een overheid daarvoor toelating moet bekomen van een private partij, die blijkbaar in een positie zit dat ze juridische stappen kan zetten hiertegen. Het Vlaamse Gewest bedingt ook dat het Oosterweeldossier reeds mag worden overgeheveld van BAM naar de NV Liefkenshoektunnel: 'Noriant en elk van de leden van Noriant aanvaardt om voor de duur van de stilstand, geen rechtsmiddelen aan te wenden tegen het sluiten van een dergelijke overeenkomst.'

In de overeenkomst staat in verband hiermee nog een intrigerende belofte opgenomen: het Vlaamse Gewest verbindt er zich toe om BAM van de nodige financiële middelen te voorzien om rechten en claims namens Noriant te kunnen betalen. Waarom engageert de regering zich (pas nu) hiertoe? En hoe kan ze dit engagement hard maken, behalve mits het vastleggen van een financieel plafond? Deze belofte suggereert het bestaan van een achterliggende overeenkomst waarin maximale bedragen voor gemaakte kosten en geleden schade zijn vastgelegd.

In aannemerskringen circuleren verklaringen dat eind september 2011 afspraken zijn gemaakt over de behandeling van de schadeclaims. Zo zou Noriant bij niet-toekenning van de werken recht hebben op 400 tot 475 miljoen €, ofwel een volledige winstderving. Bij gedeeltelijke toekenning van de werken zou de bouwgroep een bedrag tussen 25 en 40 miljoen € mogen vorderen, als kostenvergoeding.

De afspraken kunnen dienen om juridische vrede en politieke rust af te kopen. Noriant verbindt zich er dan toe om geen rechtsgang op te starten en het stilzwijgen te bewaren. Na de onvermijdelijke 'neen' van Europa, die pas na de gemeenteraadsverkiezingen van 14 oktober 2012 wordt verwacht, kan vervolgens in onderling overleg alsnog gezocht worden naar manieren om de bouwgroep te betrekken bij uit te voeren werken. Noriant bestaat uit diverse bouwbedrijven, die elk zullen willen meedingen naar nieuw-geplande infrastructuurwerken in en rond Antwerpen. Het is niet vanzelfsprekend om binnen dergelijke context te procederen tegen de overheid als bouwheer.

Als van die afspraken iets aan is, is het essentieel dat de Vlaamse regering daarover tekst en uitleg geeft. Zolang een cultuur van geheimhouding over aangegane verbintenissen met het bouwconsortium overheerst, waarbij zelfs parlementsleden relevante afspraken niet mogen inkijken, zal alle zoeken naar best mogelijke mobiliteitsoplossingen voor de stad Antwerpen stelselmatig gehypothekeerd blijven.

Geduceerde concurrenten

Na de regeringsbeslissing van 23 september 2011 richtten drie bouwgroepen (NV Denys, THV AB en THV Bouygues) die eerder deelnamen aan de aanbesteding voor de Oosterweelverbinding een schrijven aan de regering. Ze uiten kritiek op de intentie om de werken gedeeltelijk te gunnen aan Noriant, stellen zich op als mogelijk geduceerden en eisen een nieuwe openbare aankondiging. Ze laten weten hun rechten desnoods juridisch te zullen vrijwaren, wijzend op de vaststelling dat het hier om een 'wezenlijke wijziging' van de opdracht gaat binnen een lopende procedure, aangezien het viaduct wordt vervangen door tunnels. De regering voegt hun brieven als bijlagen 17, 18 en 19 toe aan de aanmelding aan Europa.

De bouwgroepen hebben gelijk. Op 24 augustus 2004 organiseerde BAM een informatievergadering voor geïnteresseerde aannemers. In het verslag van deze toelichtingsvergadering bij de selectieprocedure staat nadrukkelijk: 'De beschrijving van de opdracht slaat op de ganse Oosterweelverbinding waarbij daarna de verdeling in percelen wordt uitgesloten.' Bij de opstart van de procedure sloot de opdrachtgever dus zelf al formeel het opsplitsen van de opdracht in delen uit.

Voor het hele project geldt ook één DBfM-contract: ontwerp, bouw, financiering en onderhoud zijn een en ondeelbaar. Op de raad van bestuur van BAM van 17 juni 2005 werd dit bevestigd (verslag):

Een bestuurder vraagt of het niet mogelijk is de Oosterweelverbinding gefaseerd uit te voeren. De algemeen manager merkt op dat dit gezien de aard van het DBFMCO-concept niet mogelijk is. De manager operationele zaken verwijst ook naar de toelichting over het bestek die op 3 juni 2005 werd gegeven aan de bestuurders, waar de problematiek uitgebreid aan bod is gekomen. Ook hier was de conclusie dat een fasegewijze uitvoering van de Oosterweelverbinding tot onoverkomelijke problemen zal leiden.

Opdrachtgever BAM stelde bij aanvang van de aanbestedingsprocedure dus zelf dat de aanbesteding in delen opsplitsen tot 'onoverkomelijke' problemen zal leiden. Het is onduidelijk waarom dat nu niet langer het geval zou zijn.

Op 19 november 2004 werd door opdrachtgever BAM geoordeeld dat twee kandidaat-bouwers de grote, ondeelbare opdracht niet aankonden. Blijkens het beoordelingsverslag werden de kandidaten NV Denys en Anda Verpus Link niet weerhouden 'op grond van het niet voldoen aan de criteria m.b.t. economische en financiële draagkracht en/of de technische en organisatorische bekwaamheid'. Het is de vraag of eenzelfde oordeel zou zijn geveld bij het evalueren van hun kandidaturen voor de beperkte opdracht.

THV AB werd in september 2006 geweerd uit de procedure omdat de bouwgroep in haar offerte een lichtjes te breed viaduct had getekend – op basis dus van een inschatting over het projectdeel dat nu gewijzigd wordt. THV Bouygues, weerhouden na de kandidatuurstelling, besliste in 2006 geen offerte in te dienen voor de Oosterweelverbinding omdat het voor het projectdeel op de rechteroever een tunnel in plaats van een viaduct voorstelde. Als enige bouwgroep bepleitte Bouygues toen reeds het gewijzigde bouwproject zoals het vandaag op tafel ligt. Voor deze bouwgroep moet het voornemen van de Vlaamse regering om de andere projectdelen binnen die veranderde context alvast aan de laatst overgebleven kandidaat-viaductbouwer Noriant te gunnen extra wrang overkomen.

In haar brief aan BAM van 23 juni 2006 meldde Bouygues dat het niet indienen van een offerte niet impliceerde dat de bouwgroep afstand deed van haar statuut van geprekwalificeerd aannemer. 'Wij behouden aldus al onze rechten ter zake.'

Verkeerde vraag

Op 1 december 2011 dient de Vlaamse regering de aanmelding in bij de Europese Commissie onder het dossiernummer SA.33987 (2011/N). Zoals aangekondigd betreft het een vraag over een opdrachtwijziging binnen de aanbestedingsprocedure 'Oosterweelverbinding' (viaduct wordt vervangen door een tunnel) en mogelijke gevolgen daarvan voor het eventuele gunnen van een deel van de werken aan de tijdelijke handelsvennootschap Noriant.

De vraag wordt echter op een vreemde manier gekaderd. In Appendix 1 p.10 van de aanmelding formuleert de Vlaamse regering wat de inhoud is van haar vraag aan Europa:

The notifying authority seeks confirmation from the Commission that no state aid issue is at stake, despite certain changes consisting of mere reductions in the scope of the Project compared to the Project foreseen in the tender specifications, as an open, transparent and non-discriminatory procedure was followed in conformity with EU law. Moreover, such reductions cannot 'reasonably be considered as materially improving the value of the contracts' for Noriant...

Het is vreemd dat de regering bevestiging vraagt van het standpunt dat het in deze niet zou gaan om het verlenen van staatssteun of het verhogen van de waarde van de contracten. Ten gronde zijn deze vragen immers niet primordiaal. De echte inzet van de aanmelding – zoals ook publiekelijk verkondigd op 23 september 2011 – is de vraag of je van een correcte aanbestedingsprocedure kan spreken wanneer na eliminatie van op één na alle kandidaten aan de enig overblijvende kandidaat een fundamenteel gewijzigd project gegund wordt. Uiteraard luidt het antwoord daarop: neen, aangezien dit een miskennis is van de overheidsopdrachtenreglementering die mededingingsbeperking wil voorkomen.

De voorstelling van zaken als zou het in deze slechts gaan om 'mere reductions in the scope of the Project' is niet correct, gelet op het feit dat het viaductgedeelte uit de oorspronkelijke aanbesteding geschrapt werd en inmiddels is vervangen door een tunnelplan, wat als een wezenlijke *wijziging* van de aanbesteding dient te worden beschouwd.

In het document *General Information* p.4 (+ Appendix 1 p.4) beweert de Vlaamse regering verder misleidend dat de Stad Antwerpen op 18 oktober 2009 een volksraadpleging organiseerde over het viaductgedeelte van de aanbesteding: '... public hearing specifically concerning the bridge section of the whole route (i.e. the 'Lange Wapper Bridge')'. ' In Appendix 1 p.9 herhaalt de regering deze bewering: '... 59,24% of the voters expressed a negative judgement on the bridge component provided for in the Tender Specifications'.

De volksraadpleging handelde echter niet over 'the bridge section' of 'the bridge component', wel over het volledige bouwproject, en meer in het bijzonder over het gekozen tracé. Aan de Antwerpenaren werd deze vraag voorgelegd: 'Moet de stad Antwerpen een gunstig advies geven

voor een stedenbouwkundige vergunning op het huidige voorziene tracé tussen Zwijndrecht/Linkeroever en Merksem/Deurne?’

Een meerderheid van de deelnemers aan de volksraadpleging antwoordde ‘neen’ op deze vraag. In de aanmelding laat de Vlaamse regering uitschijnen dat ‘the majority of those who voted (59,24%) did not wish the connection to be realized by means of the Lange Wapper Bridge.’

Door in de aanmelding aan Europa verkeerdelijk te stellen dat de volksraadpleging over de bouwtechniek van een projectdeel ging (en niet over het volledige tracé) poogt de Vlaamse regering bij de Europese Commissie de indruk te wekken dat andere delen van de Oosterweelverbinding of zelfs de Oosterweelverbinding als dusdanig niet gecontesteerd worden, en dat vasthouden aan het tracé bijgevolg niet ingaat tegen de uitslag van de volksraadpleging maar er integendeel – mits wijziging van de bouwtechniek – aan tegemoet komt:

In view of the widespread opposition in the city of Antwerp to the part of the project involving the Lange Wapper Bridge, the Flemish government decided on 24 September 2010 to abandon the bridge concept and to replace this bridge by a cut and cover tunnel.

Die indruk wordt gecreëerd om vervolgens een vraag te kunnen stellen over het verlenen van een bouwvergunning voor twee delen van het gecontesteerde project. Op 24 april 2012 richt stRaten-generaal hierover een schrijven aan Europa:

Misleidend wordt herhaaldelijk gesuggereerd dat de ‘widespread opposition’ (General Information p.4) tegen de Oosterweelverbinding enkel het viaduct zou betreffen. Dit is een herschrijving van de geschiedenis. De in de aanmelding vermelde ‘environmental groups’ hebben zich altijd uitdrukkelijk verzet tegen het tracé als dusdanig. stRaten-generaal reeds sinds 2005, toen het binnen de wettelijk voorziene procedure voor de opmaak van een uitvoeringsplan (GRUP) een alternatief tracé naar voor schoof en niet een tunnel op het BAM-tracé.

(...) Vanaf haar ontstaan (maart 2008) bepleitte ook de andere grote vereniging-tegen-de-Oosterweelverbinding Ademloos consequent het onderzoeken van alternatieve tracés ten noorden van de stad. In de aanloop naar de volksraadpleging van 2009 verspreidde Ademloos tienduizenden affiches met ‘BAM-tracé Stem nee!’. stRaten-generaal gaf tientallen infosessies (tot in het parlement) over waarom een alternatief tracé ten noorden van de stad (en niet een Oosterweelverbinding door de stad) haar voorkeur genoot. Wat beide actiegroepen verbond was de analyse: doorgaand verkeer rijdt om diverse redenen best rond de stad, niet door de stad. Het BAM-tracé (boven of onder de grond) houdt doorgaand verkeer in de stad, en was/is daarom uitdrukkelijk het voorwerp van kritiek.

Het einde van de tunnel?

De overeenkomst van 23 september 2011 kan als de zoveelste heilloze verbintenis tussen de Vlaamse regering, BAM en Noriant worden gelezen. Dat is ze ook. Maar tegelijk kan ze een lichtpunt betekenen in het verhaal van een Vlaamse regering die steeds dieper ging wegzakken in het zelf gegraven moeras van schadeclaims. De uitspraak van de Europese Commissie zal de Vlaamse overheid immers verplichten tot het uitschrijven van een nieuwe aanbesteding, wat de positie van de

regering versterkt bij een eventuele rechtsgang door Noriant. Voor de rechtbank kan dan aangevoerd worden: we konden niet anders, hoezeer we ook gemaakte afspraken wilden honoreren.

Het 'njet' van Europa moet het kantelmoment worden in het Oosterweeldossier. Deze keer mag de regering de kans niet missen – zoals ze dat wel deed in het najaar van 2009 – om de band met Noriant door te knippen. Sinds het voorjaar van 2009 (goedkeuring DSO + indienen bouwaanvraag) vallen bouwconsortium, BAM-tracé en BAM samen. Sindsdien primeert de juridische verhouding tussen de overheid (regering + BAM) en de bouwgroep steeds weer op het mobiliteitsdebat over alternatieve denkwijzen, dat parallel ermee wordt afgeblokt. Met het oog op dat laatste blijken alle middelen goed, van het bestellen van wegschrijfstudies tot het laten bouwen van een gevangenis pal op het alternatieve Meccanotracé.

Het antwoord van Europa moet als een opportuniteit worden beschouwd om drie nefaste jaren definitief achter zich te laten. Want de vaststelling blijft: na de volksraadpleging en het negatieve advies van het college heeft de Vlaamse regering enkel nog tijd verloren bij het zoeken van oplossingen voor de Antwerpse mobiliteitsknoop. De uitspraak van Europa kan de kans betekenen om het BAM-tracé te schrappen, open vizieren te hanteren en de politieke energie voortaan te investeren in een correcte, gedepolitiseerde omgang met alternatieven.