

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 132.569 van 17 juni 2004
in de zaak A. 152.499/XII-4160.**

In zake : 1. de NV SHANKS VLAANDEREN,
 2. de NV ENVISAN,
 3. de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL,
 samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaten D. D'Hooghe en R. Heijse,
 kantoor houdende te Brussel,
 Henri Wafelaertsstraat 47-51

tegen :

de OPENBARE AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ VOOR
HET VLAAMSE GEWEST (O.V.A.M.),
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Luypaers en H.-K. Carême,
kantoor houdende te Heverlee-Leuven,
Ijzerenmolenstraat 105.

tussenkomen de partijen :

1. de NV MOURIK,
2. de NV ACLAGRO,
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
die woonplaats kiezen bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Shanks Vlaanderen, de NV Envisan en de NV Ondernemingen Jan De Nul, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, op 7 juni 2004 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing d.d. 18 mei 2004 van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Landbouw en Ontwikkelingssamenwerking, optredend als orgaan van de OVAM, tot gunning van de opdracht voor aanneming van werken 'Brugge-Carcoke-Cleaning en sloop' (besteknummer SV031004) aan de T.V. Mourik-Aclagro voor een bedrag van € 8.023.553,51 (excl. BTW)”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 7 juni 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 15 juni 2004, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten R. Heijse en P. Bouckaert, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnen voor de verzoekende partijen, van advocaat H.-K. Carême, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de tussenkommende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de NV Mourik en de NV Aclagro, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, met een verzoekschrift van 14 juni 2004 hebben gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijken te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang hebben dat de vordering wordt afgewezen; dat hun verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. In het bulletin der aanbestedingen van 28 november 2003 wordt een algemene offerte-aanvraag uitgaande van OVAM bekendgemaakt. Deze aankondiging stelt :

“voorwerp van de opdracht : de werken omvatten de cleaning en de sloop van de gebouwen van de N.V. Carcoke te Zeebrugge. De cleaning omvat tevens een uitgebreide asbestverwijdering. Het geheel vormt een eerste deel van de saneringswerken”.

1.2. Inschrijvingen kunnen volgens het bestek worden bezorgd “tot op het ogenblik van de opening van de zitting, zijnde op 21.01.2004 om 11.00”.

1.3. De gunningscriteria bepaald in het administratief gedeelte van het bestek zijn, “in dalende volgorde van belang”, de milieuhygiënische kwaliteit van de inschrijving met als eerste subcriterium “kwaliteit van de voorgestelde aanpak (zoals : voldoet de kwaliteit van de inschrijving of is er aan bepaalde elementen (te) weinig aandacht gegeven, motivatie en onderbouw van alternatieven of standaarduitvoeringsmethoden, wijze van transport en het voorkomen van transport (nabijheidsprincipe), welzijnsaspecten eigen werknemers en buurt”, als tweede subcriterium “aandacht voor de aanwezige verontreiniging op en onder het maaiveld en de voorgestelde oplossingen om verspreiding of verergering ervan te voorkomen” en ten slotte de inschrijvingsprijs.

Volgens de technische bepalingen geldt het “conform verklaar[de] bodemsaneringsproject” als vergunning. Tevens is bepaald dat “de aannemer geen werken [kan] voorstellen buiten deze voorzien in het BSP en een vergunning behoeven”.

1.4. De postgewijze beschrijving verwijst onder post 2.3 naar de “selectieve sloop + verwerking schroot”, post die de feitelijke sloopwerken omvat en alle daarmee verband houdende noodzakelijke uitvoeringen die niet begrepen zijn in detailposten van post 2.3. Tevens is onder deze post in het algemeen bepaald :

“elke behandeling (voorlopig of definitief) dient te gebeuren in een daartoe vergunde inrichting. Bepaalde activiteiten kunnen doorgaan op de site (zie BSP). Er kan ervan uitgegaan worden dat de conformverklaring van het BSP (wordt afgeleverd begin januari 2004) de aangevraagde rubrieken in het BSP dekt”;

1.5. Te dezen werd het in opdracht van OVAM afdeling IVS, onder leiding van de erkende bodemsaneringsdeskundige NV Soresma opgestelde bodemsaneringsproject op 16 januari 2004 door OVAM “conform [verklaard] aan de bepalingen van het bodemsaneringsdecreet”.

1.6. Bij de opening der inschrijvingen op 21 januari 2004 blijken zeven inschrijvingen ingediend, namelijk van de NV Aannemingen Aertssen, de THV Shanks Vlaanderen-Envisan -Ondernemingen J. De Nul, de NV Jan Stallaert, de THV Mourik-Aclagro, de THV Herbosch-Kiere-Pieck Entreprise, de NV DEC en de THV Stadsbader-Flamand-De Bree Cleaning-R&M Revisma-Vacomet.

Alleen de THV Mourik Aclagro dient ook een variante in, toegelicht in hoofdstuk 5.9 van de offerte. Aldus heeft deze variante volgens de indieners “betrekking op het voorkomen van en beperken van transporten buiten de site en dit door de te vervoeren hoeveelheden afvalstoffen te reduceren met ca. 70 %”. De verwijdering van vervuild steenpuin voor fysico-chemische reiniging (post 3.6 meetstaat VH 60.000 ton) zou voorkomen worden door het uitvoeren van een on-site reiniging : “Het gewassen puin kan aansluitend van de site vermarkt worden of blijft op de site aanwezig”.

1.7. De offertes van de NV DEC en van de NV Jan Stallaert worden als onregelmatig geweerd. De andere offertes worden beoordeeld, ook deze van de verzoekende partijen, al wordt vastgesteld dat zij, evenals deze van Aertssen, niet erkend zijn als ondernemingen die werken kunnen uitvoeren van afbraak of verwijdering van asbest en/of materialen die asbest bevatten maar daarvoor een beroep doen op gekwalificeerde onderaannemers.

1.8. Uiteindelijk wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de THV Mourik-Aclagro voor de prijs van 8.023.553,51 euro exclusief BTW of 9.708.499,75 euro inclusief BTW, conform de variante inschrijving die op elk criterium en dus ook globaal het best werd gerangschikt. De basisofferte van deze THV en de offerte van de verzoekende partijen worden ex aequo tweede gerangschikt.

1.9. De bevoegde minister beslist op 18 mei 2004, met verwijzing naar het gunningsverslag van 20 april 2004, de variante offerte van de THV Mourik-Aclagro als meest voordelige te beschouwen en de opdracht aan deze THV toe te wijzen.

1.10. Met brieven van 27 mei 2004 deelt OVAM aan de afgewezen kandidaten, onder meer aan de verzoekende partijen, die beslissing mee. In fine wordt gewezen op de mogelijkheid binnen zestig dagen een beroep tot nietigverklaring of een beroep tot schorsing tegen deze beslissing in te dienen.

De toewijzingsbeslissing blijkt nog niet betekend aan de tussenkomende partijen;

2. Over de exceptie.

Overwegende dat de tussenkomende partijen in een exceptie het belang van de verzoekende partijen bij de vordering betwisten; dat te dezen een onderzoek van en een uitspraak over deze exceptie niet noodzakelijk is, aangezien, zoals hierna zal blijken, niet aan de voorwaarden tot schorsing is voldaan;

3. Over de grondvoorwaarden tot schorsing.

3.1. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.2. Overwegende dat, wat de tweede voorwaarde betreft, de verzoekende partijen in een enig middel betogen hetgeen volgt :

“Schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 110, §2 en 115 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en van het beginsel 'patere legem quam ipse fecisti' als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur;

Doordat de bestreden beslissing de offerte variante van Mourik beschouwt als de meest voordelige en regelmatige offerte;

Terwijl, overeenkomstig de in het middel aangeduide bepalingen en beginsel, overheidsopdrachten enkel kunnen worden toegewezen aan offertes die als regelmatig kunnen worden beschouwd, hetgeen veronderstelt dat zij in overeenstemming zijn met de bepalingen van het bestek”;

3.2.1. Overwegende dat in een eerste onderdeel van het middel wordt gesteld dat

“het bestek ten deze uitdrukkelijk heeft voorzien dat een variante enkel betrekking mag hebben op de transportwijze buiten de site zodat de variante offerte van Mourik waarin een variante werd voorzien dat betrekking heeft op de hoeveelheden puin die moeten worden afgevoerd (en niet op de transportwijze) als onregelmatig moet worden beschouwd en de bestreden beslissing om die offerte te weerhouden dienvolgens onwettig is”;

dat voorts daaromtrent nader wordt toegelicht hetgeen volgt :

“Uit het gunningsverslag blijkt immers dat de variante betrekking heeft op de verwerking in site van het vervuild steenpuin en water, waardoor er een reductie zou zijn aan transport buiten de site. Meer bepaald zou de variante het transport buiten de site met 70% reduceren. Deze variante heeft aldus betrekking op de hoeveelheden die dienen afgevoerd te worden (terwijl deze hoeveelheden zijn vastgesteld in het bestek zonder mogelijkheid van afwijking, cf. infra, randnr. 22) en niet op de wijze waarop de afvalstoffen worden afgevoerd. Een dergelijke variante is niet toegelaten. Bijgevolg diende de variante van Mourik onregelmatig te worden verklaard”;

Overwegende dat het bestek (blz. 6) betreffende de mogelijkheid tot varianten stelt :

“Er wordt maximaal één variante aanvaard en deze is beperkt tot de transportwijze buiten het terrein”;

dat volgens de tussenkomenende partijen zij volgens hun basisofferte het vervuilde puin per schip naar GRC Kallo afvoeren waar het wordt gereinigd en vervolgens afzet realiseren naar de hergebruikbestemmingen; dat de gekozen variante dit transport met het oog op reiniging, elimineert door het puin ter plaatse te reinigen om het vervolgens naar de hergebruikbestemmingen te vervoeren;

Overwegende dat in het bestek (blz. 12) betreffende vervoer nog wordt gesteld :

“De aannemer kiest zelf de vervoerswijze die hem het meest aangewezen lijkt. Gelet op de maatschappelijke plicht van de opdrachtgever, wordt de voorkeur gegeven om een minimum aan transport buiten de site te veroorzaken”;

dat voorts in het subcriterium 1 van dat gunningscriterium “milieuhygiënische kwaliteit van de inschrijving” gewag wordt gemaakt van “wijze van transport en het voorkomen van transport (nabijheidsprincipe)”;

Overwegende dat in het gunningsverslag de gekozen variante beoordeeld wordt en daarbij onder meer wordt vermeld :

“De variante inschrijving reduceert het transport van de site met 70% wat milieuhygiënisch en op het vlak van hinderaspecten zeer waardevol is”;

Overwegende dat in de huidige stand van de procedure moet worden aangenomen, prima facie, dat de aangehaalde bestekbepaling die de inhoud van de toegelaten variante beperkt tot de “transportwijze” niet uitsluit dat, zoals te dezen, een variante wordt aanvaard die, door in een reinigingsprocédé op de werf zelf te voorzien, juist als gevolg heeft dat een bepaald transport, en dan nog wel van

verontreinigd puin, wordt vermeden; dat zulks volkomen lijkt te stroken met de strekking van de andere hierboven aangehaalde bestekbepalingen die onder meer beogen transporten te reduceren; dat het middel in dit onderdeel dienvolgens niet ernstig is aangezien het lijkt uit te gaan van een verkeerde lezing van de bestekbepaling betreffende de varianten;

3.2.2. Overwegende dat de verzoekende partijen in een tweede onderdeel van het middel doen gelden dat :

“het bestek uitdrukkelijk vereiste dat de door de aannemer uit te voeren vergunningsplichtige werken geheel passen in het opgestelde en goedgekeurde bodemsaneringsproject.

Zodat de variante offerte van Mourik waarin een variante werd voorzien waarin andere vergunningsplichtige werken moeten worden uitgevoerd dan deze die begrepen zijn in het bodemsaneringsproject, als onregelmatig moet worden beschouwd en de bestreden beslissing om die offerte te weerhouden dienvolgens onwettig is”;

dat zulks in het inleidend verzoekschrift, nader wordt toegelicht als volgt :

“24. Volledig in strijd met het conform verklaard bodemsaneringsproject en met post 2.3.6. van het bestek voorziet de door Mourik voorgestelde variante dat het vervuild bouwpuin niet zal worden afgevoerd naar een daartoe vergunde inrichting, maar integendeel zal worden gereinigd 'on site', terwijl de site daartoe niet vergund is (cf. ook infra, randnr. 25). Dit voorstel overschrijdt bovendien de maximale toegelaten hoeveelheden puin 'on site' (d.l. 60.000 ton). Immers, naast de 60.000 ton toegestane niet vervuild bouw- en sloopafval (post 2.3.5. van het bestek) dat 'on site' mag blijven, stelt Mourik voor om bijkomend nog eens 60.000 ton gereinigd bouwpuin (post 2.3.6. van het bestek) ter plaatse te laten. Dit is manifest in strijd met de bepalingen van het bestek, de hoeveelheden voorzien in de samenvallende meetstaat en het conform verklaard bodemsaneringsproject. Dit strookt evenmin met de clause dat er gestreefd wordt naar een even grote hoeveelheid puin voor 'afzet ex site' en 'stock on site' (m.n. telkens 60.000 ton).

25. Voorts is er op te wijzen dat Ovam bij de beoordeling van de variante van Mourik vertrokken is vanuit de volgende verkeerde veronderstelling.

In het gunningsverslag wordt bij het onderzoek van de variante, door Ovam 'geacht' dat de puinwasinstallatie valt onder de bouw- en sloopvergunning, met name onder rubriek 2.2.2. Vlarem I. Echter, onder deze rubriek is het enkel mogelijk om afvalstoffen mechanisch te behandelen zonder dat de chemische eigenschappen veranderen. [...]

Zoals reeds gemeld dient er ook verontreinigd puin te worden verwijderd (met het oog op eventuele mogelijke) reiniging (cfr. post 2.3.6. van het bestek). De on site reiniging die door Mourik is voorzien, gebeurt door 'wassing', zodat de verontreinigde componenten van het puin worden verwijderd waardoor de concentratie zodanig verlaagt dat het gereinigd puin voldoet aan de normen van hergebruik on site. Hier is evenwel duidelijk sprake van een verandering in chemische samenstelling van het puin waardoor het puin nuttig kan worden toegepast. De (inherente) verandering in chemische samenstelling wordt -voor zoveel als nodig- eveneens bevestigd door de hoofding van post 2.3.6. van het bestek : 'fysicochemische reiniging vast afval'.

Dergelijke activiteiten, waarbij de afvalstoffen veranderen van chemische samenstelling, worden vergund onder rubriek 2.2.5. VlareM I, en niet onder rubriek 2.2.2. [...] (zie ook stuk 9).

De overheid gaat er dan ook ten onrechte van uit dat de variante van Mourik kan genieten van een bouw- en sloopvergunning in het kader van het conform verklaard BSP omdat de voorgestelde werkzaamheden zouden vallen onder rubriek 2.2.2. van VlareM I”;

Overwegende, wat de hoeveelheden af te voeren puin betreft, dat artikel 2.3.6. van het bestek omtrent vervuild steenpuin stelt :

“Verwijdering van vervuild steenpuin : fysiochemische reiniging vast afval
Een hoeveelheid bouwpuin zal verontreinigd zijn (o.a. zware metalen, PAKS, ...). Indien dit kan gereinigd worden, mag dit niet anders verwerkt worden (storten, verbranden). De aannemer wordt verwezen naar het BSP en de conformverklaring om te weten of een dergelijke reiniging on site kan. Deze post omvat de volledige verwijdering inclusief transport”;

dat volgens de in het geding zijnde variante het vervuild steenpuin op de site wordt gereinigd en “het gewassen puin aansluitend van de site [kan] vermarkt worden”; dat de verzoekende partijen er aldus ten onrechte lijken vanuit te gaan dat het gereinigd puin in alle omstandigheden ter plaatse zal worden gelaten;

Overwegende ten slotte, wat de vraag betreft of het in de variant voorgestelde procédé van reiniging, op de site zelf is toegestaan, er zich ter terechtzitting discussies tussen de partijen voordoen, betreffende de vraag naar welk bodemsaneringsproject eigenlijk wordt verwezen door de verzoekende partijen : de beslissing van de verwerende partij van 12 april 2001 betreffende een vraag tot aanvulling van een bodemsaneringsproject of het bodemsaneringsproject dat op 16 januari 2004 conform werd verklaard; dat de partijen uiteindelijk tot de gezamenlijke conclusie lijken te komen dat voor het huidige geding het niet van belang is naar welk van de twee moet worden verwezen; dat alvast uit de aangehaalde besteksbepaling van artikel 2.3.6. lijkt te mogen worden afgeleid dat reiniging op de site als dusdanig niet door het bestek wordt uitgesloten; dat immers de bepaling zelf op zijn minst van die mogelijkheid gewag maakt (“of een dergelijke reiniging on site kan”); dat voorts, opnieuw ter terechtzitting, de verzoekende partijen lijken toe te geven dat in elk geval het saneringsproject het mechanische behandelen van het puin op de site toelaat; dat de tussenkomende partijen in hun variant een “wassingsprocédé” voorstellen, waarvan de verzoekende partijen beweren dat het juist niet onder rubriek 2.2.2. VLAREM I te brengen is, omdat daarbij de chemische eigenschappen van de afvalstoffen worden veranderd, hetgeen die bepaling niet toestaat én dat aldus in het gunningsverslag ten onrechte wordt aangenomen dat

de puinwasinstallatie onder de bouw- en sloopvergunning valt, namelijk onder die rubriek 2.2.2.; dat de verwerende partij daartegen betoogt dat de bedoelde behandeling van het verontreinigd bouwpuin geen verandering in de chemische samenstelling veroorzaakt; dat zij ter staving van dat standpunt een advies voorlegt van de erkende bodemsaneringsdeskundige, die ook verantwoordelijk was voor het in het geding zijnde bodemsaneringsproject; dat volgens die deskundige het “mogelijk” is “om afbraak-materialen, afkomstig van de sloop van de gebouwen (enkel Carcokegebouwen [...], ter plaatse mechanisch te behandelen (zeven, breken, wassen,...)” en het daarbij “niet noodzakelijk is om apart VLAREM rubrieken aan te vragen, daar zij reeds in het kader van de sloopvergunning begrepen zijn”; dat de verzoekende partijen daarentegen een e-mail voorleggen van een ambtenaar bij AMINAL die stelt dat “in de mate dat de puinwassing de chemische eigenschappen van [...] afvalstoffen niet verandert, is 2.2.2. van toepassing. Worden die eigenschappen wel veranderd, dan zit je onder 2.2.5.”;

Overwegende dat aldus twee deskundigen blijkbaar geen gelijklopende visie hebben betreffende de toepasselijkheid van de voormelde VLAREM I rubriek, waarbij het antwoord op de vraag welke rubriek van toepassing is en dus welke deskundige moet worden bijgetreden, afhangt van de onderliggende vraag, van technische aard, of de chemische bestanddelen van het verontreinigd steenpuin door het bedoelde wassen veranderen; dat bij een dergelijk antwoord de Raad van State deskundige voorlichting behoeft, die niet in een procedure van schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid past op gevaar af het dringend karakter ervan te ontcrachten; dat dit onderdeel van het middel onvoldoende feitelijk is uitgeklaard en dienvolgens niet ernstig is; dat dienvolgens het middel in zijn geheel niet ernstig is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Mourik en de NV Aclagro, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 525 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een derde.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 250 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zeventien juni 2004, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.