

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 166.318 van 27 december 2006
in de zaak A. 177.261/XII-4883.**

In zake : 1. de NV BIOTERRA,
 2. de NV ROEGIERS PIERRE EN CIE,
 samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaten D. D’Hooghe en L. Schellekens,
 kantoor houdende te 1060 Brussel,
 Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1

tegen :

de OPENBARE AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ (OVAM),
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Luybaers en H.-K. Carême,
kantoor houdende te Heverlee,
Industrieweg 4, bus 1.

tussenkommende partijen :

1. de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL,
2. de NV ENVISAN,
3. 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 Bioterra en de NV Roegiers Pierre en Cie, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap ASST, op 27 oktober 2006 hebben ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 14 september 2006 van OVAM waarbij de opdracht voor aanneming van werken ‘Asse-Linksa NV (voormalige Asphaltco-site) - uitvoering ambtshalve bodemsaneringswerken op het fabrieksterrein als tweede fase van de bodemsanering’ (bijzonder bestek nr SI060301) aan de tijdelijke vereniging Jan De Nul - Envisan - Aclagro wordt gegund voor het bedrag van 3.006.315,55 EUR (exclusief BTW)”;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partijen de nietigverklaring vorderen van dezelfde beslissing;

Gelet op het arrest nr. 163.680 van 17 oktober 2006 waarbij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het op 22 november 2006 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Ondernemingen Jan De Nul, de NV Envisan en de NV Aclagro, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, vragen 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;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur P. Barra;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 13 december 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 19 december 2006;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. D'Hooghe, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaten H.-K. Carême en T. De Gendt die, loco advocaat P. Luypaers verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

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;

De gegevens van de zaak

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

1. De in het geding zijnde overheidsopdracht betreft een opdracht voor aanneming van werken die gegund wordt met de procedure van de algemene offerteaanvraag.

2. Het toepasselijke bestek nr. SI060301 bevat de volgende bepalingen:

- op blz. 6:

“Art. 103 - Varianten

Naast de verplichte basisinschrijving mag maximaal één variëteit worden ingediend voor wat betreft de verwerking (wijze). In de variëteit dient deze off-site te gebeuren in de daartoe erkende verwerkingscentra. M.a.w. de saneringsmethode dient behouden te blijven, maar de verwerkingsmethode dient te variëren.

De variëteit inschrijving moet zeer duidelijk en ondubbelzinnig aangeven op welke punten deze afwijkt van de basisinschrijving en wat de gevolgen zijn op technisch vlak en op het vlak van prijs.

De keuze van de water- en luchtzuiveringsinstallatie is vrij door de aannemer te bepalen zolang het effluentwater voldoet aan de geldende lozingsnormen m.a.w. de aangegeven zuivering is indicatief.”

- op blz. 7:

“Art. 115 - Gunningcriteria

De aanbestedende overheid kiest de regelmatigste offerte die haar het voordeligst lijkt op grond van volgende gunningscriteria, in dalende volgorde van belang:

1. technische kwaliteit van de inschrijving (extreem belangrijk) (de garanties voor een goede kwalitatieve uitvoering dienen aangetoond in de gevraagde documenten, o.a. het plan van aanpak van de ambtshalve bodemsaneringswerken;

2. de inschrijvingsprijs, exclusief BTW (zeer belangrijk)”.

3. Op 28 juli 2006 wordt door de diensten van verwerende partij het gunningsverslag opgesteld.

Hieruit blijkt dat er acht inschrijvers waren waaronder verzoekende partijen en tussenkomende partijen, laatstgenoemden elk met een “basis en variëteit inschrijving”.

Na rekenkundige controle van de inschrijvingen wordt bij verzoekende partijen de prijs voor de “basis” bepaald op 4.243.825,38 euro excl. BTW in plaats van 4.614.631,09 euro excl. BTW en de prijs voor de variante bepaald op 2.924.534,75 euro excl. BTW in plaats van 3.287.539,24 euro exclusief BTW.

Tussenkommende partijen hebben als prijzen opgegeven:

- voor de basisofferte: 3.470.608,46 euro excl. BTW.
- voor de variante: 3.006.315,55 euro excl. BTW.

In het gunningsverslag worden beschouwingen gewijd aan de gunningscriteria in het algemeen en worden de offertes eraan getoetst. Aldus luidt het als volgt:

“Conform het bestek SI060301 worden volgende gunningscriteria gehanteerd in dalende volgorde van belang:

1. technische kwaliteit van de inschrijving (extreem belangrijk);
2. de inschrijvingsprijs, exclusief BTW (zeer belangrijk)

Technische kwaliteit van de inschrijving (extreem belangrijk)

(beoordelingsklassen : zeer goed - goed - matig goed - minder goed - zwak)

Voor de beoordeling van dit gunningscriterium wordt rekening gehouden met de gedetailleerde beschrijving van de werkwijze waarop de inschrijver de ambtshalve bodemsaneringswerken te Asse - Linksa NV zal uitvoeren. Hiervoor worden o.a. de volgende onderdelen beoordeeld:

- wijze van werfinrichting inclusief een plan met aanduiding van de zones voor de inplanting van alle (tijdelijke) installaties (waterzuiveringsinstallatie, werfketen, tijdelijke opslag, circulatieplan, materieel,...);
- duidelijk plan van aanpak voor uitvoering van de bodemsaneringswerken;
- de opbouw van de waterzuiveringsinstallatie.

Voor de beoordeling van dit criterium wordt voornamelijk gekeken naar wat de inschrijver extra aanbiedt/beschrijft naast de eisen van het bestek.

[...]

THV Jan De NUL - Envisan - Aclagro - basis

De uitvoering van de totale opdracht wordt zéér goed beschreven o.a.:

- de wijze van werfinrichting wordt zéér goed beschreven (inclusief verschillende zéér gedetailleerde plannen) o.a.:
 - inrichten van een stockage- en verwerkingszone opgebouwd uit een folie, zandlaag met drainage en gebroken puin (aanleg onder profiel, er wordt een schets toegevoegd); water van drainage wordt opgevangen in een bassin, dan naar WZI: er worden verschillende depots gemaakt als individuele boxen met o.a. opstaande randen voor tijdelijke opslag;
- het plan van aanpak wordt zéér goed beschreven o.a.:
 - de ontgraving wordt gefaseerd beschreven;
 - er worden van alle fasen duidelijke flow-sheets / stroomschema's weergegeven;
 - voorziening van bemaling bestaande uit filters en een verbindend leidingwerk voor de ontgraving van de diepere kernzones;
 - per afvalstroom wordt duidelijk aangegeven hoe en waar deze extern zullen verwerkt worden;

- er worden duidelijke beschrijvingen van o.a. de puinwasinstallatie en de on-site thermische installatie toegevoegd;
- er wordt goed beschreven hoe de stof-, geur- en lawaaihinder zal bestreden worden;

- zeer duidelijke beschrijving en flowschema van de opbouw van de waterzuiveringsinstallatie;

beoordeling : de offerte beschrijft naast de besteksvereisten zéér duidelijk hoe de ambtshalve bodemsaneringswerken zullen aangepakt worden

⇒ garanties op een zéér goede uitvoering

THV Jan De Nul - Envisan - Aclagro - variant

Idem als de basisinschrijving uitgezonderd de thermische reiniging van de grond (post 8.5).

Deze wordt buiten de saneringsite uitgevoerd. Er wordt melding gemaakt waar de thermische reiniging zal uitgevoerd worden.

De variante inschrijving wordt technisch aanvaard.

beoordeling : de offerte beschrijft naast de besteksvereisten zéér duidelijk hoe de ambtshalve bodemsaneringswerken zullen aangepakt worden

⇒ garanties op een zéér goede uitvoering

[...]

TV ASST - basis

De uitvoering van de totale opdracht wordt goed beschreven o.a. :

- de wijze van werfinrichting wordt zéér goed beschreven (inclusief verschillende gedetailleerde plannen) o.a. :

- inrichten van een grote tijdelijke verharde opslagplaats voorzien van afwatering naar 2 pompputten; opbouw bestaat uit folie, onderfunderingslaag en asfaltverharding die na de werken zal opgebroken worden; duidelijke fysische scheiding tussen de verschillende zones; voorziening van 14 opvangbakken van 250 m³;

- het plan van aanpak wordt goed beschreven o.a. :

- de ontgraving gebeurt vaksgewijs (50 x 50 m), dit wordt toegelicht aan de hand van een duidelijk plan;

- voorziening van open bouwputbemaling eventueel met bemalingstrengen;
- voor de ontgraving van de zones aan de spoorlijn worden damwanden geplaatst;

- bij de ontgraving tot 1m-mv worden de ontstane gaten van kelders en putten opgebroken tot een niveau van 1m-mv, terwijl het bestek stelt dat, vooral ter hoogte van het traject van de ringweg om Asse, alle massieven (kelders, funderingen, betonstructuren, riolering, inspectieputten,...) opgebroken dienen te worden tot op volledige diepte, dit kan leiden tot meerwerken;

- over hoe en waar de extern te behandelen afvalstromen (schroot, gevaarlijk afval, autobanden,...) zullen verwerkt worden, wordt geen melding gemaakt; de verwerkingscentra voor deze afvalstromen worden niet vernoemd;

- er worden duidelijke beschrijvingen van o.a. de puinwasinstallatie en de on-site thermische installatie toegevoegd;

- er wordt goed beschreven hoe de stof-, geur- en lawaaihinder zal bestreden worden;

- duidelijke beschrijving en flowschema van de opbouw van de waterzuiveringsinstallatie;

beoordeling : de offerte beschrijft naast de besteksvereisten goed hoe de ambtshalve bodemsaneringswerken zullen aangepakt worden

⇒ garanties op een goede uitvoering

TV ASST- variant

Er wordt een duidelijke vergelijking (voor- en nadelen) gemaakt tussen de basisinschrijving en de variante inschrijving.

De variante inschrijving is idem als de basisinschrijving uitgezonderd de fysico-chemische reiniging van vast afval (post 8.4) en de thermische reiniging van de grond (post 8.5). Deze worden buiten de saneringsite uitgevoerd. Er wordt melding gemaakt waar deze buiten de saneringsite zullen uitgevoerd worden. Het af te voeren materiaal zal o.a. per boot getransporteerd worden.

De variante inschrijving wordt technisch aanvaard.

beoordeling : de offerte beschrijft naast de besteksvereisten goed hoe de ambtshalve bodemsaneringswerken zullen aangepakt worden

⇒ garanties op een goede uitvoering

[...]

Conclusie voor het eerste gunningscriterium:

Rang 1 (zeer goed) : THV Jan De Nul-Envisan-Aclagro - basis & variant

Rang 2 (goed) : [...] THV ASST - basis & variant

[...]

6.2. De totale inschrijvingsprijs, exclusief BTW (zeer belangrijk)

Volgende voorkeursklassen worden gegeven:

- ° een inschrijving die minder dan 5 % goedkoper is dan een andere offerte, geniet geen voorkeur t.o.v. deze laatste inschrijving
- ° een inschrijving die minder dan 10 % goedkoper is dan een andere offerte, geniet een kleine voorkeur t.o.v. deze laatste inschrijving
- ° een inschrijving die minder dan 20 % goedkoper is dan een andere offerte, geniet een matige voorkeur t.o.v. deze laatste inschrijving
- ° een inschrijving die minder dan 30 % goedkoper is dan een andere offerte, geniet een sterke voorkeur t.o.v. deze laatste inschrijving
- ° een inschrijving die meer dan 30 % goedkoper is dan een andere offerte, geniet een zeer sterke voorkeur t.o.v. deze laatste inschrijving

Conclusie voor het tweede gunningscriterium :

RANG 1: THV Jan De Nul - Envisan - Aclagro - variant

TV ASST - variant. [...]”.

In een samenvattende tabel (blz. 15 van het gunningsverslag) betreffende 14 uitvoeringen (7 geselecteerde inschrijvers met elk een basisuitvoering en een variante) wordt onder meer vermeld:

“

<i>Inschrijver</i>	<i>criterium 1 (rang) (uitvoering)</i>	<i>criterium 2 (rang) (prijs)</i>	<i>Rangorde</i>
<i>JHV Jan De Nul variante</i>	<i>1</i>	<i>1</i>	<i>1</i>
<i>TV ASST variante</i>	<i>2</i>	<i>1</i>	<i>2</i>

Samengevat kan gesteld worden dat op basis van de garanties op goede uitvoering de basis en variante inschrijving van THV Jan De Nul - Envisan - Aclagro het beste scoren. Op basis van het tweede gunningscriterium (de inschrijvingsprijs) scoren zowel de variante inschrijving van THV Jan De Nul - Envisan - Aclagro als de variante inschrijving van TV ASST het best.

Aangezien de variante inschrijving van de THV Jan De Nul - Envisan - Aclagro beter scoort op het eerste (belangrijkere) gunningscriterium gaat de voorkeur voor deze opdracht te gunnen naar de variante inschrijving van THV Jan De Nul - Envisan - Aclagro”.

4. Met de bestreden beslissing van 14 september 2006 gunt verwerende partij de opdracht aan tussenkomende partijen THV Jan De Nul - Envisan - Alcagro voor het bedrag van 3.006.315,55 euro exclusief BTW.

Bij brief van 21 september 2006 worden verzoekende partijen in kennis gesteld van de bestreden beslissing en van het gunningsverslag.

5. Verzoekende partijen hebben tegen deze beslissing een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend. Bij arrest nr. 163.680 van 17 oktober 2006 werd dit beroep verworpen wegens het niet aantonen van de uiterst dringende noodzakelijkheid;

De grondvoorwaarden tot schorsing

6. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging onder de dubbele voorwaarde 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;

7.1.1. Overwegende, wat de eerste voorwaarde betreft, dat verzoekende partijen in een eerste middel de schending aanvoeren van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten gelezen in samenhang met artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”, “van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel en van het beginsel luidens welk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven moeten gesteund zijn (motiveringsbeginsel)”;

Overwegende dat zij daartoe betogen dat in het bestek in geen bijzondere beoordelingsmethode is voorzien, dat in het gunningsverslag wel een beoordelingsmethode wordt uitgewerkt om te komen tot een voorkeurklassensysteem, dat de in het gunningsverslag beschreven en toegepaste beoordelingsmethode

niet in overeenstemming is met hetgeen daaromtrent in het bestek is bepaald, dat te dezen het bestek niet vermeldt dat het prijscriterium enkel tot een onderscheiden beoordeling aanleiding zal geven indien het prijsverschil naar het oordeel van de aanbestedende overheid voldoende significant is zodat “op de aanbestedende overheid [bijgevolg] de verplichting [rustte] om, in overeenstemming met het bestek, elk prijsverschil in aanmerking te nemen en dit prijsverschil af te zetten tegen de beoordeling op het vlak van het andere gunningscriterium.”; dat verzoekende partijen tevens doen gelden dat, waar in beginsel er een zekere evenredigheid moet bestaan tussen lagere prijs en hogere score, te dezen geen enkel aanvaardbaar motief blijkt om, a posteriori, enkel bepaalde verschillen in aanmerking te nemen om een verschillende score toe te kennen;

Overwegende dat verwerende partij opmerkt dat er in het bestek geen toetsingswijze opgenomen is voor het gunningscriterium prijs, dat zij een 5 % marge heeft gehanteerd, hetgeen redelijk is, minstens niet kennelijk onredelijk, voorts dat de toepassing van ordinale schalen “zijnde schalen die gebaseerd zijn op klassen die en logische of natuurlijke volgorde hebben zodat ze kunnen worden gerangschikt van laag naar hoog” een gangbare methode is voor de materie van de overheidsopdrachten en dat bij een offerteaanvraag het gunningscriterium van de prijs niet dient te worden beoordeeld zoals bij een aanbesteding; dat zij nog doet gelden dat verzoekende partijen geen belang hebben bij het middel omdat, zelfs indien voor het tweede gunningscriterium de offerte van verzoekende partijen als eerste wordt gerangschikt, ze na toepassing van beide gunningscriteria niet de eerste gerangschikt zou blijven, dat het prijsverschil slechts 2,8 % is en “zelfs zonder toepassing van de software van de Argus-methode, een wijziging in de rangorde voor ‘inschrijvingsprijs’ voor de verzoekende partijen bij de eindbeoordeling hoogstens een *ex aequo* ranking [kan] opleveren met inschrijver THV Jan De Nul - Envisan - Aclagro. De offerte van inschrijver THV Jan De Nul - Envisan - Aclagro scoort immers (ook in die hypothese) het beste op het gunningscriterium ‘technische kwaliteit’ dat in het bestek en bij de beoordeling als extreem belangrijk werd aangeduid”, dat in geen enkel geval verzoekende partijen dus kans maken om als meest voordelige kandidaat gerangschikt te worden en de “nieuwe kans” waarvan sprake in het verzoekschrift van de verzoekende partijen bijgevolg afwezig is;

Overwegende dat tussenkomende partijen opmerken dat de niet in het bestek opgenomen doch wel in het gunningsverslag gehanteerde beoordelingsmethode van het tweede gunningscriterium met de clustering in klassen niet kennelijk

onredelijk is temeer dat het betreffende gunningscriterium niet het belangrijkste gunningscriterium is, dat de gevolgde werkwijze op grond van de Argus-methode in de lijn ligt van de normaal binnen de overheidsopdrachten gangbare methodes, dat het voorts verzoekende partijen mangelt aan belang, dat het verschil in prijs miniem is, dat het eerste gunningscriterium doorslaggevend is als extreem belangrijk en dat zelfs bij gelijke beoordeling, namelijk dat verzoekende partijen de beste zijn in de prijs en tussenkomende partijen de beste bij het gunningscriterium kwaliteit, dit laatste gunningscriterium belangrijker is zodat tussenkomende partijen hoe dan ook de eerste gerangschikt blijven;

7.1.2. Overwegende, wat het belang bij het middel betreft, dat, indien zal blijken dat niet alleen dit middel - dat het gunningscriterium prijs betreft - maar ook het tweede middel - dat het gunningscriterium van de technische kwaliteit betreft - ernstig is, er aanleiding is voor de verwerende partij om de beoordeling van de offertes aan de hand van de twee gunningscriteria over te doen; dat alsdan de eindbeoordeling van die verrichtingen niet vast lijkt te staan zodat de verzoekende partijen met de voorliggende vordering een nieuwe kans kunnen krijgen om zich de opdracht te zien toewijzen; dat dienvolgens eerst de middelen moeten worden onderzocht vooraleer op de exceptie uitspraak kan worden gedaan;

Overwegende dat in het bestek geen beoordelingsmethode voor het prijscriterium wordt opgegeven; dat er in het beoordelingsverslag daarentegen wordt gewerkt met zogenaamde voorkeursklassen die de prijsverschillen uitvlakken niettegenstaande de prijs een gunningscriterium is dat zich bij uitstek leent tot objectieve en verfijnde inschatting; dat er geen uitleg wordt gegeven in het verslag -en uiteraard niet in het bestek- waarom er met die voorkeursklassen wordt gewerkt; dat dit systeem te dezen als concreet gevolg heeft dat de prijsverschillen tussen de offertes van verzoekende partijen en deze van tussenkomende partijen niet in rekening gebracht worden; dat zulks niet toelaatbaar is zonder dat er een goed motief voor is omdat het op zich evident lijkt dat bij afweging aan het prijscriterium, zelfs bij een offerteaanvraag, aan de laagste prijs de beste score wordt verbonden; dat te dezen ter terechtzitting de verwerende partij bevestigt dat de eindbeoordeling aan de hand van de zogenaamde Argus-methode is verricht; dat de concrete toepassing van die methode nergens in het dossier wordt toegelicht; dat de verwerende partij wel stelt dat zij daarbij zelf de volledige vrijheid had bij het bepalen van de onderscheiden prijsklassen; dat echter uit het dossier niet blijkt -en verwerende partij daartoe ook geen aanzet tot uitleg geeft- om welke reden gekozen is voor dergelijke prijsklassen

in plaats van voor volstreekte evenredigheid en waarom dan juist een onderscheid tot 5 % irrelevant is voor een rangschikking in prijs zodat de beste prijs ten opzichte van de tweede niet wordt beloond; dat het beroep op de Argus-methode om tot een eindrangschikking te komen, zonder dat hiervan zelfs sprake was in het bestek, op zich geen verklaring biedt voor het hanteren van de voormelde prijsklassen in deze zaak; dat overigens verwerende partij in haar uiteenzetting bij het tweede onderdeel van het tweede middel, wanneer ze het heeft over de Argus-methode (blz.19 van de nota), het volgende schrijft: “Deze methode is ontwikkeld met als basisgedachte dat de beoordeling en evaluatie van offertes enkel mag gebeuren op basis van ordinale schalen, wanneer er geen vaste meeteenheid ter beschikking is om een bepaald gunningscriterium te beoordelen”; dat echter, ongeacht de vraag of deze redenering ook geldt voor objectiveerbare prijsverschillen die juist wel kunnen worden gemeten, het nog altijd lijkt dat zelfs met gebruik van een “ordinale” waarderingsmethode, verwerende partij diende aan te geven waarom een offerte thuishoort in een bepaalde prijsklasse; dat aldus te dezen schending aanwezig lijkt van het bestek en van de plicht tot deugdelijk motiveren ten aanzien van het prijscriterium; dat de gehanteerde methodiek immers, zonder dat daartoe een motief is verstrekt, te dezen niet heeft geleid tot de hoogste score, alleen toekomend aan de laagste prijs; dat het middel in die mate ernstig is;

7.2.1. Overwegende dat verzoekende partijen in een tweede middel de schending aanvoeren van artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993 gelezen in samenhang met artikel 115 van het meervermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” en van “het beginsel dat overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven moeten gesteund zijn (motiveringsbeginsel)”;

Overwegende dat zij daartoe in een derde onderdeel van het middel betogen dat de beoordeling van het gunningscriterium technische kwaliteit van de inschrijving niet kan worden aanvaard omdat er onder meer geen inhoudelijke beoordeling is gemaakt aangaande de variante van de verzoekende partijen; dat zij daarbij doen gelden dat luidens het bestek dit eerste gunningscriterium -technische kwaliteit van de inschrijving - beoordeeld wordt aan de hand van de garanties voor een goede kwalitatieve uitvoering die moeten worden aangetoond “in de gevraagde documenten, o.a. het plan van aanpak van de ambtshalve bodemsaneringswerken”, dat die gevraagde documenten volgens het bestek zijn :

“ 3. Een gedetailleerde beschrijving van de werkwijze waarop de inschrijver de ambtshalve bodemsaneringswerken te Asse - Linksa nv zal uitvoeren. In deze beschrijving dient nauwkeurig te worden omschreven hoe de aannemer deze werken chronologisch zal aanpakken. Dit betekent dat in zijn offerte een beschrijving van minstens de volgende onderdelen wordt weergegeven :

- 3.1 wijze van werfinrichting inclusief een plan met aanduiding van de zones voor de inplanting van alle (tijdelijke) installaties (waterzuiveringsinstallatie, werfketen, tijdelijke opslag, circulatieplan, materieel,...
- 3.2 Duidelijk plan van aanpak voor uitvoering van de bodemsaneringswerken;
- 3.3 De opbouw van de waterzuiveringsinstallatie
- 3.4 een chronologische tijdsplanning in diagramstijl van de opeenvolgende werkzaamheden”,

dat in het gunningsverslag dan weer sprake is van het volgende waaraan de offerte betrekkelijk het eerste gunningscriterium wordt getoetst:

“Technische kwaliteit van de inschrijving (extreem belangrijk)
(beoordelingsklassen : zeer goed - goed - matig goed - minder goed - zwak)

Voor de beoordeling van dit gunningscriterium wordt rekening gehouden met de gedetailleerde beschrijving van de werkwijze waarop de inschrijver de ambtshalve bodemsaneringswerken te Asse - Linksa NV zal uitvoeren. Hiervoor wordt o.a. de volgende onderdelen beoordeeld:

- wijze van werfinrichting inclusief een plan met aanduiding van de zones voor de inplanting van alle (tijdelijke) installaties (waterzuiveringsinstallatie, werfketen, tijdelijke opslag, circulatieplan, materieel,...);
- duidelijk plan van aanpak voor uitvoering van de bodemsaneringswerken;
- de opbouw van de waterzuiveringsinstallatie.

Voor de beoordeling van dit criterium wordt voornamelijk gekeken naar wat de inschrijver extra aanbiedt/beschrijft naast de eisen van het bestek.”,

dat te dezen echter geen enkele inhoudelijke beoordeling is gemaakt van de door de verzoekende partijen ingediende variante “die niet alleen goedkoper is maar ook technisch en kwalitatief veel interessanter is”, dat bij de variante zonder meer wordt verwezen naar de basisofferte met vermelding dat de variante “technisch wordt aanvaard”, dat zulks des te meer opvalt aangezien één van de negatieve opmerkingen van verwerende partij bij de basisofferte van verzoekende partijen, namelijk de niet-vermelding van de locatie waar de extern te verwerken afvalstromen zullen worden verwerkt, niet toepasselijk is voor de variante van verzoekende partijen;

Overwegende dat verwerende partij opmerkt dat in het gunningsverslag uitdrukkelijk vermeld wordt dat “o.a. de volgende onderdelen worden beoordeeld”, dat het feit dat niet alle in het bestek vermelde documenten zijn vermeld in het verslag, geen afbreuk doet aan de rechtsgeldigheid van de beoordeling die de facto heeft plaatsgevonden, dat de varianten wel worden besproken in het gunningsverslag, dat de variante blijkbaar niet zo speciaal was dat er een afzonderlijke motivering was vereist;

Overwegende dat tussenkomende partijen antwoorden dat hetgeen de verzoekende partijen in hun variante vermelden omtrent de plaats waar de verontreinigde materiaalstromen zouden worden gereinigd, nog steeds algemene vermeldingen zijn waarbij geen gedifferentieerde voorstelling wordt gemaakt wat betreft de wijze waarop deze extern te behandelen afvalstromen zullen worden verwerkt;

7.2.2. Overwegende dat de stelling dat de variante blijkbaar evenzeer als de basisofferte behept is met de twee negatieve opmerkingen die in aanmerking werden genomen bij de beoordelingen van de basisofferte van verzoekende partijen, in haar algemeenheid niet lijkt te kunnen worden bijgevalen; dat immers ook uit de variante van verzoekende partijen weliswaar niet lijkt te kunnen worden vastgesteld waar afvalstromen zoals schroot, autobanden en gevaarlijk afval (meetstaat posten 8.6., 8.8. en 8.9) zullen worden verwerkt; dat echter wel locaties zijn aangegeven bij de variante voor post 8.4 (fysisch-chemisch reinigen vast afval) onder rubriek 3.5.4.2. (NV Bioterra) en voor post 8.5. (thermische reiniging grond) onder rubriek 3.5.5.2. (ATM en Bilfinger Entsorgung); dat de variante op dat punt wel degelijk lijkt te verschillen met de basisofferte en afzonderlijke beoordeling lijkt te verdienen; dat ook het besproken middelonderdeel dat ditmaal het tweede gunningscriterium betreft, ernstig is;

7.3. Overwegende dat aldus de rechtsschendingen die in de ernstig bevonden middelen worden aangevoerd met zich meebrengen dat de finaliteit van de genoemde artikelen 16 en 115 die beogen de voordeligste offerte te doen kiezen, lijkt te zijn miskend; dat de evaluatie van de offertes immers lijkt te steunen op gebrekkige aanwending van de twee gunningscriteria en dienvolgens ondeugdelijk is gemotiveerd; dat de bestreden toewijzingsbeslissing de gevolgde evaluatie van het gunningsverslag tot de hare maakte en dienvolgens met hetzelfde euvel is behept; dat aldus niet lijkt vast te staan welke offerte het voordeligst is en niet lijkt te zijn

toegewezen in overeenstemming met de meervermelde artikelen, die voorschrijven aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte toe te wijzen; dat meteen ook de voormelde exceptie inzake het belang niet wordt aanvaard, nu twee middelen ernstig worden bevonden die elk een van de twee gunningscriteria betreffen; dat aan de eerste voorwaarde van het voormelde artikel 17 is voldaan;

8. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat inzake het moeilijk te herstellen ernstig nadeel verzoekende partijen zich op de mogelijkheid beroepen om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing willen vrijwaren; dat ze daarbij ook naar de financiële omvang van de opdracht verwijzen en naar de mogelijkheid voor de tweede verzoekende partij om zich te profileren op de milieumarkt; dat de verwerende partij erop wijst dat verzoekende partijen niet aantonen dat hun voortbestaan in het gedrang is door het mislopen van de opdracht, dat voorts het verlies van commerciële reputatie en uitstraling in elk geval geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel is; dat tussen-komende partijen zich terzake naar de wijsheid van de Raad van State gedragen;

Overwegende dat het geschetste nadeel - het mislopen van een opdracht die voor meer dan 3 miljoen euro is toegewezen - wordt aanvaard als het rechtens vereiste nadeel; dat in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij betoogt, in de context van de overheidsopdrachten een “moeilijk te herstellen” nadeel niet steeds gelijk te stellen is met het nadeel dat het teloorgaan van de verzoekende partijen als onderneming inhoudt;

9. Overwegende dat aldus is voldaan aan de twee in het voormelde artikel 17 bepaalde voorwaarden die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de de NV Ondernemingen Jan De Nul, de NV Envisan en de NV Aclagro, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 14 september 2006 van de administrateur-generaal van OVAM waarbij de opdracht voor aanneming van werken 'Asse-Linksa NV (voormalige Asphaltco-site) - uitvoering ambtshalve bodemsaneringswerken op het fabrieksterrein als tweede fase van de bodemsanering (bijzonder bestek nr SI060301) aan de tijdelijke handelsvennootschap Jan De Nul - Envisan - Aclagro wordt gegund voor het bedrag van 3.006.315,55 euro exclusief BTW.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op 375 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor een derde.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zevenentwintig december 2006, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	A. WIJNANTS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. WIJNANTS.

D. VERBIEST.