

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 171.947 van 7 juni 2007
in de zaak A. 183.336/XII-5109.**

In zake :

1. de NV DENYS,
2. DETLEF HEGEMANN GMBH, vennootschap naar Duits recht,
3. de NV DC INDUSTRIAL, samen vormend de THV “Antwerp Sediment”,

die woonplaats kiezen bij
advocaten D. D’Hooghe en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 149, bus 20.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het op 22 mei 2007 bij de Raad van State ingekomen verzoekschrift dat de NV Denys, Detlef Hegemann GMBH, vennootschap naar Duits recht, de NV DC Industrial, samen vormend de THV “Antwerp Sediment”, op 18 mei 2007 aangetekend ter post hebben verzonden om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van onbekende datum van de Vlaamse Overheid, Departement Mobiliteit en Openbare Werken, Afdeling Maritieme Toegang, overgemaakt aan de verzoekende partijen bij aangetekend schrijven van 8 mei 2007, waarbij beslist wordt om de THV. Antwerp Sediment niet te selecteren voor de opdracht inzake het bouwen en exploiteren van een mechanische ontwateringsinstallatie voor baggerspecie (referentie : ‘AMORAS’);

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 22 mei 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 5 juni 2007, om 11.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. Schellekens, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat K. Ronse, die verschijnt voor de verwerende partij;

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,

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST :

De gegevens van de zaak

1. In het Bulletin der Aanbestedingen van 7 september 2006 - en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 16 september 2006 verschijnt een aankondiging van een opdracht van “de Vlaamse Overheid Departement Mobiliteit en Openbare Werken Maritieme Toegang” met als voorwerp het ‘Bouwen en exploiteren van een mechanische ontwateringsinstallatie voor baggerspecie’. De bouw van de installaties voor de mechanische ontwatering, zandscheiding, bergingsplaats filterkoeken en waterzuivering wordt in die aankondiging geraamd op 55.000.000 euro exclusief BTW; de exploitatie van de installaties op 15.000.000 euro/jaar exclusief BTW. De exploitatieduur is 15 jaar. De belangrijkste plaats van uitvoering is de haven van Antwerpen - rechteroever.

In de eerstgenoemde publicatie wordt het type procedure wordt “beperkt” genoemd en als “gunningscriteria” wordt “laagste prijs” vooropgesteld. Volgens een wijzigings-bericht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 september 2006 wordt “Gunningscriteria” nu “economisch meest voordelige aanbidding, gelet op de in het bestek vermelde criteria”. In het voornoemde publicatieblad luidt het “openbaar” voor type procedure en “laagste prijs” voor gunningscriteria.

Inzake de “voorwaarden voor deelneming”, rubriek technische bekwaamheid, “Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan”, wordt in de beide aankondigingen onder punt III.2.3.c) vermeld :

“Gedetailleerde referenties kunnen voorleggen met relevante informatie, met aantoonbaar bewijsmateriaal zoals documenten in verband met deelname in analoge projecten, met getuigschriften en vergunningen en opgave van mogelijke contactpersonen, geldend voor een eventuele THV in haar totaliteit, betreffende :

[...]

Mechanische ontwatering van baggerspecie en/of minerale slibs : minimum reeds 100 000 ton droge stof ontwaterd hebben in eigen beheer.

[...]”.

2. Er zijn vijf inschrijvers waaronder verzoekende partijen. De opening der kandidatuurstellingen gebeurt op 9 november 2006.

3. Drie maand later wordt een rapport opgesteld door een beoordelingscommissie, met als datum 9 februari 2007, dat bij algemeen besluit (blz. 75/76) voorstelt de THV Antwerp Sediment en de combinatie EMCC-Extract niet en de drie andere inschrijvers wel te selecteren en laatstgenoemden uit te nodigen tot het indienen van een offerte. Inzake verzoekende partijen vermeldt dit besluit :

“Met betrekking tot de technische bekwaamheid dient gesteld dat de T.H.V. Antwerp Sediment duidelijk geen ervaring heeft in de mechanische ontwatering van baggerspecie en/of minerale slibs. De referentie van Detlef Hegemann (mechanische ontwatering in Bremen / Bremerhaven) hiervoor ingediend, kan niet aanvaard worden. Er zijn nog overige referenties ingediend. Echter, bij inrekening van de geldige hoeveelheden voldoet deze T.H.V. niet aan de gestelde vereiste voor mechanische ontwatering van baggerspecie en/of minerale slibs”.

Nadere uitleg wordt gevonden op blz. 33/34 :

“Vereiste F: Mechanische ontwatering van baggerspecie en/of minerale slibs : min. reeds 100.000 TDS in eigen beheer.

[...]

Referentie van DCI:

*Diverse opdrachtgevers voor continue aanvoer en verwerking van gemeentelijke en stedelijke afvalstoffen (veegslib, rioolkolkenslib): 39.543 TDS. Behandeling: conditionering met toeslagstoffen en/of fysico-chemische behandeling/reinigingen, afzeving en hydrocyclonage gevolgd door mechanische ontwatering. Voor deze referenties worden geen attesten ter staving toegevoegd. Deze referentie wordt niet aanvaard, gezien een referentie voor het veegslib en rioolkolkenslib niet kan gezien worden als een valabele referentie voor de mechanische ontwatering van baggerspecie en/of minerale slibs”.

4. Het voorstel van de beoordelingscommissie wordt met een brief van 3 april 2007 aan de bevoegde minister voorgelegd met gunstig advies van de inspectie van Financiën.

Op 7 mei 2007 beslist de minister het voornoemde voorstel om enkel drie inschrijvers te selecteren en uit te nodigen een offerte in te dienen, te aanvaarden. Het voorstel om verzoekende partijen niet te selecteren wordt dus minstens impliciet aanvaard. Dit is de bestreden beslissing.

5. Met een brief van 8 mei 2007 brengt verwerende partij verzoekende partijen ter kennis dat ze niet geselecteerd zijn voor de opdracht. De toepassing van artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten wordt ingeroepen. Als motieven voor de niet-selectie worden gegeven :

“De THV Antwerp Sediment, bestaande uit de partners Denys N.V., Detlef Hegemann GmbH en DC Industrial N.V., voldoet niet aan alle vereisten inzake persoonlijke situatie van de partners, de economische en financiële draagkracht en de technische bekwaamheid van de T.H.V.

Met betrekking tot de technische bekwaamheid dient gesteld dat de T.H.V. Antwerp Sediment duidelijk geen ervaring heeft in de mechanische ontwatering van baggerspecie en/of minerale slibs. De referentie van Detlef Hegemann (mechanische ontwatering in Bremen/Bremenhaven) hiervoor ingediend, kan niet aanvaard worden. Er zijn nog overige referenties ingediend. Echter, bij inrekening van de geldige hoeveelheden voldoet deze T.H.V. niet aan de gestelde vereiste voor mechanische ontwatering van baggerspecie en/of minerale slibs”.

6. Met een brief van 9 mei 2007 reageren verzoekende partijen onmiddellijk als volgt :

“Aangezien de door u ingeroepen motieven ons niet toelaten onze niet-selectie met kennis van zaken te beoordelen, verzoeken we [u] ons binnen de 24 uren te willen antwoorden. Tenzij u ermee kan instemmen om de termijn van 10 kalenderdagen pas te doen ingaan vanaf uw antwoord op onze vraag. Wij verzoeken u tevens ons de gemotiveerde beslissing houdende selectie of niet-selectie van de andere kandidaten over te maken”.

7. Met een brief van 15 mei 2007 antwoordt verwerende partij als volgt :

“In antwoord op uw brief van 09/05/2007 met kenmerk GDB/LL/07BR03882 kan ik het volgende meedelen.

De referentie van DCI - diverse opdrachtgevers voor continue aanvoer en verwerking van gemeentelijke en stedelijke afvalstoffen (veegslib, rioolkolkenslib):39.543 TDS - wordt niet aanvaard.
Een referentie van veeg- en rioolkolkenslib wordt niet als valabel beschouwd voor mechanische ontwatering van baggerspecie en / of minerale slib.
Door het niet in beschouwing nemen van deze referentie wordt niet voldaan aan de minimaal vereiste hoeveelheid”.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

8. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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.

9. Wat de eerste en de derde in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarde betreft, beroepen verzoekende partijen zich inzake het nadeel op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing willen vrijwaren omdat zij bij niet-schorsing de betrokken opdracht dreigen te verliezen. Zij wijzen ook op de grote financiële waarde en de referentiewaarde van de opdracht. Voorts motiveren zij hun keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid door te verwijzen naar het voormelde en te dezen onbetwist toepasselijke artikel 21bis waarop verwerende partij zich in haar brief van 8 mei 2007 heeft beroepen om verzoekende partijen een wachttermijn van tien dagen te geven vooraleer de geselecteerde gegadigden uit te nodigen tot het indienen van een offerte.

De verwerende partij wijdt geen beschouwingen aan de genoemde eerste en derde voorwaarde.

Er dient te worden aangenomen dat door de waarde van de in het geding zijnde opdracht, de vaststelling dat verzoekende partijen dat zij bij niet-schorsing in elk geval de mogelijkheid niet meer zullen hebben om die opdracht zelf uit te voeren, volstaat als bewijs van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel. Voorts dienden bij toepassing van het voormelde artikel 21 bis de verzoekende partijen een beroep te doen op de procedure van de schorsing bij uiterst dringende

noodzakelijkheid, die zij dan ook nog binnen de gestelde termijn hebben aangevat. Aan de voormelde eerste en derde voorwaarde is dienvolgens voldaan.

10. Wat de tweede voorwaarde betreft, voeren verzoekende partijen in een tweede middel aan dat de bestreden beslissing genomen is met schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer in het bijzonder van het beginsel luidens welk overheidsbeslissingen op in feite en in rechte pertinente motieven moeten zijn gesteund - het motiveringsbeginsel-, van het zorgvuldigheidsbeginsel en van het redelijkheidsbeginsel.

In een eerste onderdeel betogen zij dat verwerende partij de criteria had moeten geven op grond waarvan ze vindt dat veeg- en rioolkolkenslib niet als mineraal slib kan worden beschouwd, dat dit verzuim strijdt met de materiële motiveringsplicht, dat voorts het ontbreken van dergelijke criteria tot gevolg heeft dat verwerende partij niet kan garanderen dat zij de referenties van alle inschrijvers op gelijke en coherente wijze zou hebben beoordeeld aan de hand van eenzelfde invulling van het begrip mineraal slib, hetgeen strijdt met het zorgvuldigheidsbeginsel.

In een tweede onderdeel doen zij gelden dat in de aankondiging baggerspecie en minerale slibs terecht worden gelijkgesteld, want ze vertonen een vrijwel identieke samenstelling (hoog gehalte minerale deeltjes zoals zand en laag gehalte organisch materiaal) en ze worden op dezelfde manier behandeld in een gelijkaardige mechanische ontwateringsinstallaties, dat er dan ook geen enkele reden voorhanden is om veegslib en rioolkolkenslib niet te beschouwen als minerale slibs, temeer omdat in de aankondiging er gekozen is voor een ruime omschrijving, met name alles wat mineraal is. Verzoekende partijen leggen twee verklaringen voor, van Ovam en van prof. dr. Van Autenboer, waaruit zou blijken dat veegslib en rioolkolkenslib minerale slibs zijn.

11. Verwerende partij antwoordt dat zij niet de motieven van de motieven dient te geven in de bestreden beslissing. Voorts wijst zij erop dat de beoordelingscommissie vaststelde dat verzoekende partijen geen attesten bijgevoegd hebben ter staving van de betrokken referentie. In die zin hebben verzoekende partijen onzorgvuldig gehandeld en dienen ze op te draaien voor dit risico.

Verwerende partij is er ook nooit van uitgegaan dat veeg- en rioolkolkenslib geen mineraalslib zouden zijn. Zij stelt wel dat aan de hand van een studie van VITO - en tevens onder verwijzing naar voormelde deskundige Van Autenboer - het duidelijk is dat het rioolkolkenslib bestaat uit grove deeltjes (> 2 mm) en gekarakteriseerd wordt als “ zand ” i.p.v. “slib”. Zulk materiaal vertoont een totaal ander gedrag dan fijnkorrelige materialen “zoals baggerspecie en/of minerale slibs” wat ertoe leidt dat de ontwatering van veeg- en rioolkolkenslib op een andere manier dient te worden uitgevoerd. Daarom kan de referentie van verzoekende partijen betreffende veeg- en rioolkolkenslib niet in aanmerking komen als referentie voor het mechanisch ontwateren van baggerspecie en/of minerale slibs.

12. In de aankondiging worden voor het aantonen van de technische bekwaamheid referenties gevraagd betreffende mechanische ontwatering van “baggerspecie en/of minerale slibs”.

Verzoekende partijen verwijzen daartoe onder meer naar een referentie in hoofde van hun deelgenoot DCI met :

“Continue verwerking van minerale slibs (veegslib, rioolkolkenslib)
Het betreft hier continue aanvoer en verwerking van gemeentelijke en stedelijke afvalstoffen (diverse contaminanten) afkomstig van het dagelijks onderhoud van het wegen- en rioleringsnet.
Opdrachtgever : diverse openbare diensten en aannemers.
Aangeleverde en verwerkte hoeveelheid in voorgestelde periode: 39 543 ton DS
Wijze van verwerking : Conditionering met toeslagstoffen (Polymeren, kalk....) en/of fysico-chemische behandeling/reinigingen, afzeving en hydrocyclonage gevolgd door mechanische ontwatering”.

Deze hoeveelheid wordt niet aanvaard in het beoordelingsverslag. Daarbij wordt vastgesteld “Voor deze referenties worden geen attesten ter staving toegevoegd. Deze referentie wordt niet aanvaard, gezien “een referentie voor het veegslib en rioolkolkenslib niet kan gezien worden als een valabele referentie voor de mechanische ontwatering van baggerspecie en / of minerale slibs”.

Het doorslaggevende motief lijkt te dezen niet het gebrek aan attesten te zijn, maar het feit dat veegslib en rioolkolkenslib niet onder de in de aankondigingen bedoelde “baggerspecie en/of minerale slibs” zouden kunnen worden gebracht.

Verwerende partij lijkt er in wezen van uit te gaan, en zulks blijkt eveneens ter terechtzitting uit een debat tussen haar technische raadslieden en deze van de verzoekende partijen, dat in de bedoelde betekenis van de aankondiging en in het kader van de betrokken opdracht tot ontwatering, met minerale slibs niet alle minerale slibs maar enkel de meest fijnkorrelige materialen van dergelijk slib zijn bedoeld.

“Minerale slibs” lijkt inderdaad een begrip dat ook materialen met grotere korrel kan dekken, zoals uit de verklaring van Prof. Van Autenboer blijkt die stelt dat veegvuil en rioolkolkenslib allebei een hoog gehalte mineralen hebben en minerale slibs zijn. Overigens geeft ook de verwerende partij zulks toe in haar nota (blz. 7) waar zij zonder voorbehoud betoogt : “verder moet opgemerkt worden dat de tegenpartij nooit uitgegaan is van het feit dat veeg -en rioolkolkenslib geen mineraalslib zou zijn”.

De aankondiging steunde dus volgens de verwerende partij op een onderscheid binnen minerale slibs - enkel fijnkorrelige materialen waren relevant - dat niet in die aankondiging zelf is geëxpliciteerd. De vraag rijst of, gegeven de algemene verwoording van de aankondiging die slechts van “minerale slibs” gewag maakt, in het beoordelingsverslag, gelet op het beoogde ontwateringsprocédé, dan wel een onderscheid mocht worden gehanteerd binnen die slibsoort tussen enerzijds “veegslib en rioolkolkenslib” en anderzijds het gewenste minerale slib, een onderscheid waarop de afwijzing van een referentie steunt. De verzoekende partij betoogt bovendien dat dit onderscheid zelfs niet relevant zou zijn aangezien het “ontwateringsmechanisme voor veegslib en rioolkolkenslib absoluut gelijkaardig is”. Het antwoord op de vraag naar de relevantie van dit onderscheid voor de in het geding zijnde opdracht, lijkt kennis te vereisen van de betrokken sector, een kennis waarover de Raad van State niet beschikt en die hij ook niet kan verwerven gelet op de aard van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid die zich niet verzoent met de aanstelling van een onafhankelijke deskundige. Gelet op de diverse mogelijke invullingen van het begrip “minerale slib” en de algemeenheid van de aankondigingen op dat punt, lijkt echter in elk geval te mogen worden verwacht dat te dezen, teneinde de afwijzing van de referentie op een deugdelijk motief te doen steunen, in het beoordelingsverslag op meer uitvoerige wijze aandacht werd besteed aan de voornoemde differentiatie binnen “mineraal slib”, meer aandacht dan de vaststelling “dat een referentie voor veegslib en rioolkolkenslib niet kan worden

gezien als een valabele referentie voor de mechanische ontwatering van baggerspecie en/of minerale slibs”.

De stelling van verzoekende partijen dat op die wijze de bestreden beslissing die op het beoordelingsverslag steunt, niet voldoet aan de vereisten van een deugdelijke motivering, lijkt te moeten worden aangenomen. Het tweede middel is in die mate ernstig.

13. Aldus is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn, wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 7 mei 2007 van de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur, in zoverre daarbij impliciet de NV Denys, Detlef Hegemann GMBH, vennootschap naar Duits recht en de NV DC Industrial, samen vormend de THV “Antwerp Sediment” niet worden geselecteerd en uitgenodigd tot het indienen van een offerte voor de opdracht “AMORAS-Bouwen en exploiteren van een mechanische ontwateringsinstallatie voor baggerspecie”.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
zeven juni 2007, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.