

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 224.527 van 29 augustus 2013
in de zaak A. 209.641/XII-7426**

In zake: 1. de nv ONDERNEMINGEN JAN DE NUL
2. de nv ENVISAN
samen vormend de thv JAN DE NUL - ENVISAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marco Schoups, Kris Lemmens en David
Van Valckenborgh
kantoor houdend te 2000 ANTWERPEN
De Burburestraat 6-8
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkommende partij:

de nv DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS (DEC)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker
kantoor houdend te 1050 BRUSSEL
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 augustus 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van NV Waterwegen en Zeekanaal dd. 10 juli 2013 om perceel 2 – Gentse regio van de overheidsopdracht voor aanneming van diensten ‘Bestek 16 EGGE 09/05 – Speciebehandeling’ te gunnen aan NV DEC en niet aan THV Jan De Nul-Envisan”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 14 augustus 2013 heeft de nv DEC gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 augustus 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kris Lemmens en Ruben Vansteenkiste, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten Christophe Lenders en Simon Verhoeven, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking uit voor een opdracht van diensten, in de aankondiging genoemd en kort beschreven als “Behandeling en tijdelijke opslag van specie voor Waterwegen & Zeekanaal NV”.

De opdracht is opgedeeld in vijf percelen, geënt op de indeling van Vlaanderen in bekkens. De voorliggende procedure heeft uitsluitend betrekking op perceel 2 “Gentse regio”.

De totale opdracht wordt per jaar geraamd op 12.500.000 euro, btw niet inbegrepen, en heeft een looptijd van 7 jaar.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 15 september 2009 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 14 september 2009 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Voor perceel 2 worden negen aanvragen tot deelneming ingediend, waaronder die van de verzoekende partijen en van de tussenkomende partij.

3.4. Op 10 maart 2010 beslist de verwerende partij om acht kandidaten, waaronder de verzoekende partijen en de tussenkomende partij, te selecteren en om hun het bestek toe te zenden met het oog op het indienen van een offerte.

3.5. Het op deze opdracht toepasselijke bijzonder bestek 16EGGE09/05 omschrijft in artikel 1.2 het voorwerp van de opdracht onder meer als volgt :

“[...]

De opdracht omvat de acceptatie en behandeling van baggerspecie (en occasioneel gronden) afkomstig van onderhouds- en infrastructuurbaggerwerken (resp. investeringsprojecten) afkomstig van Waterwegen en Zeekanaal NV.

Het baggeren resp. ontgraven en het transporteren van af te nemen specie naar plaats van afname behoren niet tot deze opdracht.

Het vervoer van tijdelijk gestapelde specie die eigendom blijft van de aanbestedende overheid en/of het vervoer van definitief te bergen specie op een bergingslocatie van de aanbestedende overheid zijn wél begrepen in de opdracht.

[...]”.

Artikel 1.4.3 omschrijft het verloop van de onderhandelingsprocedure en artikel II.1 omschrijft onder “Art. 115” vijf gunningscriteria, te weten : “Algemene methodologie en projectorganisatie voor de uitvoering van deze opdracht” met een weging van 10%, “Prijs” met een weging van 50%, “Ligging en kenmerken van de site in het betrokken perceel” met een weging van 15%, “Acceptatiewijzen” met een weging van 10% en “Acceptatiecapaciteit” met een weging van 15%.

3.6. Nadat met een brief van 5 juli 2010 de datum van opening van de offertes werd verlaet van 5 augustus tot 26 augustus 2010, deelt de verwerende partij met een brief van 27 juli 2010 aan de geselecteerde kandidaten een aantal wijzigingen en aanvullingen aan het bestek mee, waaronder een nieuwe tekst voor het gunningscriterium “Prijs”.

Met een afzonderlijke brief van 27 juli 2010 deelt de verwerende partij aan de geselecteerde kandidaten de bij het bestek gestelde vragen over onder meer de gunningscriteria en de antwoorden van de verwerende partij mee. Met een brief van 13 augustus 2010 antwoordt de verwerende partij nog op andere gestelde vragen.

3.7. Voor perceel 2 dienen vervolgens zeven gegadigden, waaronder de verzoekende partijen en de tussenkomende partij, een offerte in.

3.8. In een eerste “Verslag tot beoordeling van de schriftelijke offertes ter toelating tot de onderhandelingen zoals voorzien in bestek 16egge/09/05” wordt vastgesteld dat één van de zeven offertes dient geweerd te worden wegens een voorbehoud. Na toetsing van de overige regelmatig bevonden offertes aan de gunningscriteria wordt voorgesteld om de vijf eerst gerangschikte inschrijvers tot de onderhandelingen toe te laten.

3.9. Op 11 april 2012 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om de volgende vijf inschrijvers tot de onderhandelingen toe te laten :

- nv DC Industrial
- nv DEC
- nv Ghent Dredging
- thv Jan De Nul – Envisan
- nv D. Stadsbader – Flamand NV.

3.10. Met een brief van 26 april 2012 bericht de verwerende partij aan deze vijf inschrijvers dat zij toegelaten zijn tot de tweede fase en uiterlijk per 16 mei 2012 een verbeterde offerte kunnen indienen en tegen dezelfde datum in ieder geval moeten antwoorden op de in de brief gestelde vragen. Een eerste vragenreeks is algemeen en geldt voor alle inschrijvers, een tweede vragenreeks is specifiek voor elke inschrijver. Daarvan wordt aan elke andere inschrijver het thema meegedeeld, maar specifieke gegevens omtrent de offerte worden geanonimiseerd. Aan de verzoekende partijen worden geen specifieke vragen gesteld, doch wel aan de tussenkommende partij. Aan de toegelaten inschrijvers wordt geen afschrift meegedeeld van de voormelde beslissing van 11 april 2012, noch van het gunningsverslag.

3.11. Bij telefaxbericht van 15 mei 2012 deelt de verwerende partij aan de tot de tweede fase toegelaten inschrijvers mee dat de termijn voor het indienen van een verbeterde offerte wordt verlengd tot 25 mei 2012. Bij telefaxbericht van 23 mei 2012 deelt de verwerende partij haar antwoorden mee op door bepaalde inschrijvers gestelde vragen.

3.12. Blijkens het proces-verbaal van opening dienen de vijf tot de tweede fase van de onderhandelingsprocedure toegelaten inschrijvers een verbeterde offerte in.

De tussenkomen partij deelt met een brief van 16 mei 2012 haar “antwoorden op de gestelde vragen en bijhorende aanpassingen aan [haar] aanvankelijke offerte” mee. De verzoekende partijen delen met een brief van 25 mei 2012 de gevraagde “verduidelijkingen met verbeterde offerte” mee.

Met een brief van 25 mei 2012 en verwijzend naar de bijkomende informatie, deelt de tussenkomen partij mee dat zij haar verbeterde offerte handhaaft, met een aanvullend antwoord op vraag acht.

3.13. Bij de verdere behandeling van het dossier stelt de verwerende partij vast dat er een vergissing gebeurd is bij het onderzoek van de aanvankelijke offertes en de quoterings van het prijs criterium, meer bepaald dat per vergissing de prijzen en totaalscores van drie inschrijvers binnen het tweede criterium “Prijs” onderling zijn verwisseld, waardoor ook de eindrangschikking verkeerd was.

Een verbeterd “Verslag tot beoordeling van de schriftelijke offertes ter toelating tot de onderhandelingen zoals voorzien in bestek 16egge/09/05” wordt opgesteld. Het puntentotaal na evaluatie van alle gunningcriteria van de regelmatig bevonden aanvankelijke offertes, is dan :

“

	1. methodologie	2. prijs	3. ligging	4. acceptatie- wijze	5. acceptatie- criteria	
1 DC INDUSTRIAL NV [...]	6,00	37,89	10,00	8,00	11,00	72,89
2 DEC NV [...]	8,00	40,19	13,50	9,00	12,50	83,19
3 GHENT DREDGING NV [...]	7,00	26,67	11,50	7,50	9,50	62,17
4 HYE-ARTES- VERHELST THV [...]	3,50	37,91	9,00	8,50	9,00	67,91
5 JAN DE NUL- ENVISAN THV [...]	5,50	32,50	10,50	8,50	12,00	69,00
6 D. STADSBA- DER-FLAMAND NV [...]	5,00	50,00	8,50	7,00	7,00	77,50

”.

3.14. Op 18 juli 2012 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij voor perceel 2 om haar beslissing van 11 april 2012 in te trekken en om, overeenkomstig het aangepaste gunningsverslag, de volgende inschrijvers tot de onderhandelingen toe te laten :

- nv DC Industrial
- nv DEC
- thv Hye-Artes-Verhelst
- thv Jan De Nul – Envisan
- nv D. Stadsbader – Flamand.

3.15. Deze beslissing wordt door de nv Ghent Dredging, die aldus niet meer tot de tweede fase van de onderhandelingen werd toegelaten, aangevochten voor de Raad van State. Bij arrest nr. 222.134 van 18 januari 2013 verwerpt de Raad van State de vordering tot schorsing. In het arrest nr. 224.311 van 9 juli 2013 wordt de afstand van het annulatieberoep vastgesteld.

3.16. Met een brief van 20 juli 2012 deelt de verwerende partij aan de vijf tot de tweede fase van de onderhandelingen toegelaten inschrijvers mee dat de

beslissing van 11 april 2012 bij beslissing van 18 juli 2012 werd ingetrokken, aangezien werd vastgesteld dat een materiële fout bij de motivering werd begaan, dat een nieuwe beslissing werd genomen en dat hun offerte werd “weerhouden” voor deelname aan de onderhandelingen voor perceel 2. Uittreksel uit het voormelde aangepaste beoordelingsverslag wordt bijgevoegd, voor zover de motieven betrekking hebben op de offerte van de betrokken inschrijver. Gelet op de vertrouwelijkheid van de offertes van de overige inschrijvers en de eerlijke mededinging ten aanzien van de nog lopende onderhandelingsprocedure, kan volgens deze brief de beoordeling en rangschikking van de concurrerende inschrijvers niet worden vrijgegeven en zijn deze gegevens hetzij geanonimiseerd, hetzij weggelaten. De samenvattende tabel met alle scores wordt opgenomen, maar zonder aanduiding van de identiteit van de andere inschrijvers.

Verder wordt aan de vijf toegelaten inschrijvers meegedeeld dat zij uiterlijk op 3 september 2012 om 16.00 u een verbeterde offerte kunnen indienen en tegen dezelfde datum in ieder geval moeten antwoorden op de in de brief gestelde vragen. Een eerste vragenreeks is algemeen en geldt voor alle inschrijvers. Een tweede vragenreeks is specifiek voor elke inschrijver. Daarvan wordt opnieuw aan elke andere inschrijver het thema meegedeeld, maar specifieke gegevens omtrent de offerte worden geanonimiseerd.

3.17. Blijkens het proces-verbaal van opening dienen de vijf toegelaten inschrijvers een verbeterde offerte in. Aldus deelt de tussenkommende partij met een brief van 27 augustus 2012 haar “[...] nieuw en verbeterd antwoord op de gestelde vragen en bijhorende aanpassingen aan [haar] aanvankelijke offerte” mee. De verzoekende partijen delen met een brief van 28 augustus 2012 hun “verbeterde offerte inclusief de door u gevraagde verduidelijkingen” mee.

3.18. Met een brief van 11 september 2012 zenden de verzoekende partijen de beslissing na, waarbij de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen de overname goedkeurt van de site CR², site die zij in de verbeterde offerte ook hadden aangeboden als verwerkingssite, maar waarvan de melding van de

overname van de milieuvergunning van de site door de thv CR² dan nog in behandeling was.

3.19. Een “Verslag tot beoordeling van de verbeterde offertes teneinde een voorkeurbieder aan te duiden” wordt opgesteld en op 10 april 2013 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om de tussenkomen de partij als voorkeursbieder aan te wijzen voor perceel 2 en om “aan de voorkeursbieder een Best and Final Offer te vragen nadat de gebruiksovereenkomst voor de site Noorderwal in een overleg besproken werd”.

3.20. Tijdens de vergadering van 8 mei 2013 en onder het agendapunt “Goedkeuring van de notulen van de zitting van 10 april 2013”, “bevestigt” de raad van bestuur van de verwerende partij zijn beslissing van 10 april 2013.

De toetsing van de verbeterde offertes aan de gunningscriteria leidt tot het volgende puntentotaal :

“8.1. PUNTENTOTAAL NA EVALUATIE VAN ALLE GUNNINGSCRITERIA

	1. methodologie	2. prijs	3. ligging	4. acceptatie- wijze	5. acceptatie- criteria	
1 DC INDUSTRIAL NV [...]	6,50	44,90	12,50	7,50	11,00	82,40
2 DEC NV [...]	8,50	47,63	13,00	8,00	14,50	91,63
3 HYE-ARTES- VERHELST THV [...]	5,50	43,33	10,00	8,00	14,00	80,83
4 JAN DE NUL- ENVISAN THV [...]	7,50	50,00	11,00	8,00	13,50	90,00
5D.STADSBA- DER-FLAMAND NV [...]	7,00	48,66	10,50	2,50	9,00	76,66

”.

Verder wordt vastgesteld dat ook bij combinatie van gunning van percelen 1 en 2 aan DCI, die dan een korting voorstelde, de rangschikking voor

perceel 2 behouden blijft en dat dit besluit ook geldt bij gecombineerd gunnen van alle percelen aan DCI. In het besluit wordt voorgesteld om enkel de eerst gerangschikte, de tussenkomende partij, aan te duiden en te vragen een Best and Final Offer (hierna: BAFO) in te dienen.

Dit alles wordt hernomen in het gunningsverslag van 5 juli 2013.

3.21. Met een brief van 17 juni 2013 wordt de tussenkomende partij meegedeeld dat op 8 mei 2013 door de raad van bestuur werd beslist haar een BAFO te laten indienen en dat deze uiterlijk op 8 juli 2013 dient toe te komen. Verder wordt vermeld dat deze BAFO, met het oog op de gebeurlijke sluiting van de opdracht op korte termijn, alle documenten moet bevatten, genoemd in het bestek onder artikel 10 AAV.

3.22. De tussenkomende partij dient op 3 juli 2013 haar BAFO in.

3.23. In het gunningsverslag van 5 juli 2013 wordt deze BAFO als volgt beoordeeld :

“9. BAFO

9.1. BAFO

DEC NV diende, conform het besluit van de Raad van Bestuur van W&Z dd. 8 mei 2013 op basis van het voorstel ander punt 8., tijdig een BAFO in.

Eveneens conform dezelfde beslissing van de Raad van Bestuur werd voorafgaand aan de vraag naar BAFO het ontwerp van gebruiksovereenkomst voor de site Noorderwal zoals gevoegd bij het bijzonder bestek op punt gesteld.

Aanpassingen aan de eerdere offerte(s) werden middels de BAFO niet voorgesteld. De inschrijver herhaalt in zijn BAFO evenwel eerder opgegeven mogelijkheden die tot verdere scherpstelling van de prijs zouden kunnen leiden. De beoordelingscommissie blijft bij haar eerder standpunt terzake (zie punt 7 - criterium 2).

Het besluit zoals vermeld onder 8. blijft behouden.

Concluderend dient dus gesteld dat de finale offerte van DEC NV voor perceel 2 aanvaardbaar is.

9.2 RANDVOORWAARDEN GUNNING EN SLUITING

Het bijzonder bestek vermeld onder art 10 AAV:

1. De dienstverlener dient aan de leidend ambtenaar het bewijs voor te leggen dat, op het ogenblik dat hij de uitvoering van een deel van de opdracht aan een onderaannemer toevertrouwt, deze voldoet aan de regelgeving en over de nodige erkenningen beschikt voor het uitvoeren

van de overeenstemmende diensten.

2. Indien de dienstverlener een beroep doet op verwerkingssites die niet in zijn offerte werden opgenomen, dienen deze te zijn vergund voor de activiteiten die ze zullen uitvoeren. Deze wijziging kan geen aanleiding zijn om bijkomende kosten te genereren: alle meerkosten verbonden aan een langere transportafstand en/of andere transportwijze zijn een last van de aanneming.
3. Ten laatste bij het afsluiten van de overeenkomst, resulterend uit de onderhandelingen dienen de nodige vergunningen om in de verwerking en opslag van baggerspecie en grond zoals in de opdracht voorzien, te kunnen voldoen, beschikbaar te zijn.

Om na te gaan of DEC NV wel degelijk in staat is de opdracht uit te voeren zoals beschreven in zijn offerte, is deze inschrijver gevraagd een bundel met toelatingen, overeenkomsten en vergunningen nodig voor het opnemen van de opdracht, te bezorgen.

De beoordelingscommissie heeft deze documenten nagezien en afgetoetst met het inhoudelijk voorstel. Beide elementen zijn coherent.

Ook inzake uitsluitingsgronden en RSZ-verplichtingen is DEC nv in orde”.

De beoordelingscommissie stelt dan ook voor perceel 2 te gunnen aan de tussenkomende partij.

3.24. Op 10 juli 2013 stelt de raad van bestuur van de verwerende partij vast dat dit gunningsverslag geen aanleiding geeft tot opmerkingen en beslist hij dit perceel 2 aan de tussenkomende partij te gunnen. Dezelfde dag ondertekenen de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder een “Gemotiveerde gunningsbeslissing” waarbij, onder meer verwijzend naar de aanduiding van de voorkeurbieder door de raad van bestuur op 8 mei 2013, naar de ontvangen BAFO van de tussenkomende partij en naar het gunningsverslag van 5 juli 2013, waarvan de motivering en het besluit geheel wordt onderschreven, de tussenkomende partij wordt aangeduid als begunstigde voor perceel 2 en de opdracht wordt aan deze inschrijver gegund.

3.25. Met een aangetekende brief, verzonden en gedateerd op 18 juli 2013, deelt de verwerende partij aan de verzoekende partijen mee dat hun offerte niet werd gekozen. De voormelde gemotiveerde gunningsbeslissing en het gunningsverslag worden bijgevoegd.

Tegelijk wordt deze beslissing aan de tussenkomende partij meegedeeld.

IV. Tussenkoms

4. De verzoekende partij tot tussenkomst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen.

Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid

5.1. De tussenkomsende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid op voor zover de vordering gericht is tegen “de (impliciete) beslissing om perceel 2 niet aan verzoekende partijen toe te wijzen”.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. Overeenkomstig 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.

6.2. De wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ is nog niet van toepassing op

de in het geding zijnde opdracht, gelet op de bekendmaking van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie op 14 september 2009 en het Bulletin der Aanbestedingen op 15 september 2009.

Aldus is de in het geding zijnde opdracht en de daarmee verband houdende procedure voor de Raad van State nog ten volle onderworpen aan de voormelde bepalingen van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en de daarin bepaalde schorsingsvoorwaarden, die alle vervuld moeten zijn om de schorsing te mogen bevelen, zoals deze golden vóór de voornoemde wijziging bij wet van 23 december 2009.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel, van de materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur en artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de motiveringswet).

7.2.1. In een eerste onderdeel voeren de verzoekende partijen aan dat de verwerende partij is uitgegaan van een foutieve vervaldatum van de vergunning voor de site Hulsdonk bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium “Algemene methodologie en projectorganisatie”. Dit ofschoon de verzoekende partijen, op uitnodiging van de verwerende partij om in het kader van de verdere onderhandelingen een verbeterde offerte en haar antwoorden op de vragen in te dienen, er uitdrukkelijk melding van heeft gemaakt dat de verwerende partij voor de site Hulsdonk ten onrechte ervan uitgegaan is dat de vergunning voor deze site kwam te vervallen in juni 2015, terwijl deze site vergund is tot 16 november 2021. In het gunningsverslag van 5 juli 2013 is bij de beoordeling van het eerste

gunningscriterium echter nergens sprake van een rechtzetting. Integendeel wordt in dit verslag “de nog beperkte looptijd van de vergunning van de site Hulsdonk” door de verwerende partij als volgt duidelijk negatief beoordeeld:

“Als minder werd in de offerte ervaren

- De eerder beperkte procesbeschrijving, alsook de nog beperkte looptijd van de vergunning van de site Hulsdonk, terwijl deze site als enige in TOPcapaciteit voorziet”.

Rekening houdend met deze volkomen ten onrechte geformuleerde negatieve beoordeling kregen de verzoekende partijen een score van 7,50/10 voor dit gunningscriterium. De tussenkomende partij behaalde hier een score van 8,50/10. Uitgaande van het juiste feitelijke gegeven dat de vergunning voor de site Hulsdonk pas op 16 november 2021 verstrijkt, dienden de verzoekende partijen een aanzienlijk hogere score te krijgen voor het eerste gunningscriterium “Algemene methodologie en projectorganisatie”, aangezien de site Hulsdonk wel degelijk gedurende de volledige looptijd van de overeenkomst (zeven jaar) kan instaan voor alle gevraagde behandelingstechnieken, alsook in het voorzien van TOP-capaciteit.

7.2.2. In een tweede onderdeel betogen de verzoekende partijen dat de verwerende partij bij de beoordeling van het derde gunningscriterium “Ligging en kenmerken van de site in het betrokken perceel” de site CR² heeft vergeten. De verzoekende partijen hadden in hun eerste offerte twee sites voorzien: RC&TOP Hulsdonk (Desteldonk) en site Noorderwal (Deinze). In haar verbeterde offerte boden de verzoekende partijen, bovenop een mobiele verwerkingsinstallatie, vier sites aan. Meer bepaald ging het bijkomend om de sites Sedival Moen (Zwevegem) en CR² Gent (Gents havengebied). Evenwel wordt bij de beoordeling van het derde gunningscriterium in het gunningsverslag van 5 juli 2013, in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij de beoordeling van de overige criteria, als bijkomende site uitsluitend de site Sedival Moen vermeld en is slechts sprake van drie sites.

Rekening houdend met deze vergetelheid kregen de verzoekende partijen een score van 11,00/15. Aan de tussenkomende partij werd hier een score van 13,00/15 toegekend. Het spreekt voor zich dat de offerte van de verzoekende

partijen een aanzienlijk hogere score voor dit criterium diende te krijgen, aangezien nog een bijkomende vierde site in rekening diende te worden gebracht, waarop bovendien alle gevraagde behandelingstechnieken mogelijk zijn.

Beoordeling

7.3. Bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria beschikt de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid en mag de Raad van State zich niet in de plaats van het bestuur stellen en de rangschikking wijzigen. Dit impliceert echter niet dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou zijn onttrokken aan het wettigheidstoezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad desgevraagd onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

7.4. In zoverre de schending van de motiveringswet wordt aangevoerd, moet de formele motivering van de bestreden beslissing, teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht opgenomen in die wet, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt. De verzoekende partijen tonen prima facie niet aan waarom de motieven van het gunningsverslag van 5 juli 2013 dat hen werd meegedeeld en waarop de bestreden beslissing steunt, hen niet in staat stelde terdege te oordelen of het zin had zich tegen de bestreden beslissing in rechte te verweren. Het tegendeel blijkt veeleer uit het verzoekschrift. Aldus lijkt voldaan aan de formele motiveringsplicht.

7.5. In zoverre de verzoekende partijen eerst ter terechtzitting aanvoeren dat bepaalde sites van de tussenkomen partij niet in het perceel gelegen zijn, is dit laattijdig en is het middel onontvankelijk.

Eerste onderdeel

7.6. In het eerste onderdeel wordt in wezen aangevoerd dat bij de beoordeling van het gunningscriterium “Algemene methodologie en projectorganisatie voor de uitvoering van deze opdracht” werd uitgegaan van een foutieve vervaldatum van de vergunning voor de site Hulsdonk.

Dit gunningscriterium wordt in het bestek als volgt omschreven :

“1. ALGEMENE METHODOLOGIE EN PROJECTORGANISATIE VOOR DE UITVOERING VAN DEZE OPDRACHT: 10%

De inschrijver geeft op een overzichtelijke en voldoende gedetailleerde wijze een beschrijving van de aanpak en projectorganisatie waarbij rekening gehouden wordt met de diverse onderdelen (bv. sites, behandelingsmethodes, tijdelijke stapeling, vervoer, ...) die deel uitmaken van de opdracht. Bij de beoordeling zal aandacht besteed worden aan de (op een overzichtelijke en gestructureerde wijze weergeven van) de invulling van de opdracht, de ter beschikking zijnde middelen en kwaliteitsbewaking om te komen tot een kwaliteitsvol resultaat.

Bij de beoordeling van dit gunningscriterium zullen volgende aspecten in aanmerking worden genomen:

1. De site(s) waarover de inschrijver beschikt voor behandeling (ontwateren, ontzanden, tijdelijk stapelen, reinigen) van de specie en op welke wijze dit georganiseerd wordt voor de uitvoering van deze aanneming.
 2. De procedés aangewend in het kader van deze aanneming voor ontwateren, ontzanden, biologische reiniging en extractieve reiniging; (moet worden opgegeven telkens met vermelding van de acceptatiecriteria)
 3. de toepasbaarheid van vergunningen voor deze sites (vergunde rubrieken, capaciteiten, duurtijd die de opdracht overtreft, ...) in deze aanneming,
 4. jaarlijkse verwerkingscapaciteiten en garanties mbt. operationaliteit (bv. wat indien de site(s) tijdelijk buiten werking zijn, ...) in het kader van deze aanneming.
- Bij de beoordeling van dit gunningscriterium zal worden nagegaan in hoeverre de inschrijvers:
- aantonen (adhv. bestaande procedures, ...) hoe ze op een duidelijke traceerbare wijze (o.a. ketenzorgsystemen) omgaan met diverse stromen van aangeboden partijen vanaf het moment van acceptatie tot en met (eventuele) afvoer ervan
 - kort en duidelijk de door hen aanwendbare procedés beschrijven, incl.

- hun beperkingen
- voor gangbaar kritische stoffen hogere acceptatiecriteria kunnen hanteren
 - aantonen dat ze in staat zijn om de indicatief opgegeven jaarlijks te verwerken hoeveelheden (per perceel, gemiddelde en/of piek) te accepteren (interactie met jaarlijks gemiddeld gerealiseerde volume-omzet)
 - voor de door hem aangeboden verwerkingsprocedures beschikken over vergunningen [die] een einddatum hebben die zich situeert buiten de looptijd van dit contract.

Specifiek voor het perceel Leiebekken zal bovendien worden rekening gehouden met het gegeven of de inschrijver al dan niet gebruik maakt van de laguneringssite Noorderwal, en in welke mate. Hierdoor kan de aanbestedende overheid voor de duur van het contract haar vergunningen zinvol inzetten én kan ze (een deel van) het onderhoud van de site tijdelijk overdragen. De inschrijver voor het perceel [L]eiebekken die gebruik maakt van de laguneringssite Noorderwal wordt hierdoor gunstiger beoordeeld”.

In de brief van 27 juli 2010 met antwoorden op de bij het bestek gestelde vragen verduidelijkte de verwerende partij dat met het voormelde perceel Leiebekken in feite perceel 2 is bedoeld.

7.7. De verbeterde offerte van de verzoekende partijen wordt voor dit gunningscriterium als volgt beoordeeld :

“De antwoorden op de gestelde vragen en/of verbeterde offerte levert volgende bijgestuurde of nieuwe informatie mbt. dit criterium:

1. De verbeterde offerte is uiteraard toegespitst op perceel 2 en is ingedeeld volgens de gunningscriteria terwijl de stappen in het proces overeenstemmen met het bestek. Voorts is - in vergelijking met de aanvankelijke offerte - in de procesbeschrijving meer aandacht gegeven aan de administratieve kant.

Technische en administratieve afstemming over de aangeboden sites heen is nog steeds voorzien door de verantwoordelijkheid over de sites bij één persoon te leggen. Uit de verbeterde offerte is duidelijk dat eigen procedures en instructies over alle in te zetten sites zullen worden gebruikt.

In dit perceel wordt een bijkomend in te zetten site voorgesteld : Sedival Moen. Deze site zal worden ingezet voor behandeling van baggerspecie middels mechanische, fysicochemische of biologische behandeling.

Deze site is in beheer bij de inschrijver.

Tot slot wordt de site CR² te Gent als uitwijkmogelijkheid aangeboden naast de inzet van mobiele installaties. Op de site CR² zijn alle middels

het bestek gevraagde behandelingstechnieken mogelijk. Op de mobiele installatie wordt enkel mechanisch ontwateren en ontzanden aangeboden.

Voor het gebruik van de site Noorderwal heeft de inschrijver een aantal aanvullingen gedaan aan het ontwerpdocument van overeenkomst in beantwoording van vraag 9.

- o Art 1: De inschrijver wenst het terrein maximaal in te zetten ; de beoordelingscommissie meent derhalve te mogen concluderen dat deze inschrijver 12.000m² in gebruik neemt.
- o Art 4: De gebruiksvergoeding die wordt voorgesteld bedraagt 0 euro per maand.
- o Art 5: Bankgarantie is niet opgegeven in de verbeterde offerte, doch is verder te bespreken.
- o Art 9 : Er zijn geen aanvullingen gedaan mbt. verzekeringen voor verantwoordelijkheden, als exploitant en als gebruiker van installaties op de site (milieuschade & -risico's resp. risico's alle aard aan W&Z en derden).

Daarnaast doet de inschrijver nog een aantal voorstellen tot aanpassing, waarvan relevant ter discussie:

- o voorstel is om verzekeringen niet aan de gebruiksovereenkomst te koppelen zonder evenwel de verantwoordelijkheid van de tijdelijke exploitant af te schuiven, en tekst artikel in die richting bij te sturen

Verder geeft de inschrijver aan dat in onderling overleg tussen uitvoerder en opdrachtgever wordt beslist welke specie naar welke site wordt afgevoerd, en geeft een aantal criteria op die daarbij kunnen worden gehanteerd.

Bij een afwijking tussen voorafgaande keuring en de keuring ter acceptatie stelt de inschrijver voor om tegensprekelijk een derde staal te nemen, te laten analyseren. Het resultaat is beslissend voor de bepaling van het karakter van de specie.

2. De verbeterde offerte omvat geactualiseerde acceptatiecriteria. Als relevante parameters voor baggerspecie werd het SAP waterbodemonomen (MO, ZM, PAK, PCB). Voor biologische behandeling worden nu normen voor MO opgegeven die algemeen gangbaar zijn. Met betrekking tot acceptatiecriteria voor fysico chemie is er geen wijziging tov voorgaande offerte.
3. De site Sedival is vergund tot 03/03/2028, de site CR² tot 29-09-2025. De kade voor de mobiele installatie te Ruisbroek is vergund tot 07-10-2020, en deze te Oostende tot 21-10-2030.
4. Door toevoeging van de site Sedival Moen en de mobiele installatie (de beoordelingscommissie meent uit het dossier te moeten afleiden dat deze of te Ruisbroek of te Oostende wordt opgesteld) wordt in de verbeterde offerte een hogere ontwateringscapaciteit aangeboden. De marge ten op zichte van de in het bestek indicatief opgegeven

hoeveelheid voor ontwateren bedraagt nu ca. 265 %, rekening houdend met de uniforme berekening voor de site Noorderwal.

De aangeboden TOP-capaciteit op de site Hulsdonk levert ca. 85% meer dan wat indicatief is gevraagd. Dit is zeer ruim.

Gelet op het onderzoek van de offerte en de hierboven gemaakte beoordeling, kent de beoordelingscommissie aan deze inschrijver voor dit gunningscriterium een score van 7.50/10 toe.

Deze eerder positieve beoordeling is te wijten aan het feit dat bij de beschouwing van deze offerte enkele matige tot goede punten dienden weerhouden te worden.

Deze conclusie is ander meer toe te schrijven aan

- de overzichtelijke verbeterde offerte
- de ruim aangeboden capaciteiten (weliswaar niet [...] aangetoond met omzetcijfers - wat als negatief wordt beoordeeld).
- het vermelden van uitwijkmogelijkheden,

Als minder werd in de offerte ervaren

- de eerder beperkte procesbeschrijving, alsook de nog beperkte looptijd van de vergunning van de site Hulsdonk, terwijl deze site als enige in TOPcapaciteit voorziet
- de voorstellen voor aanvulling (geen voorstel bankgarantie, geen voorbeeldverzekering) van de gebruiksovereenkomst voor de site Noorderwal”.

7.8. Vastgesteld wordt dat, terwijl bij de beoordeling van de eerste offerte nog verkeerdelijk werd vermeld dat de vergunning voor de site Hulsdonk vervalft in juni 2015, dit niet wordt hernomen in de voormelde beoordeling van de verbeterde offertes. Vooralsnog wordt aangenomen dat hieruit afdoende blijkt dat de verwerende partij niet meer is uitgegaan van een verval van deze vergunning tijdens de looptijd van de opdracht. De verzoekende partijen tonen voorts niet aan dat de ingeroepen rechtsregels en beginselen een uitdrukkelijke verbetering van de foutieve beoordeling van de eerste offerte vereisen. De vermelding bij de beoordeling van de verbeterde offerte dat onder meer als minder wordt ervaren “de nog beperkte looptijd van de vergunning van de site Hulsdonk, terwijl deze site als enige in TOPcapaciteit voorziet”, doet niet anders besluiten, nu op het eerste gezicht kan aangenomen worden dat deze passage slaat op de duurtijd van de vergunning die de opdracht overtreft, element dat in het bestek uitdrukkelijk als beoordelingselement bij het betwiste gunningscriterium wordt vermeld. De

verzoekende partijen betwisten de wettigheid van het bestek niet en tonen prima facie niet aan dat de gedane vaststelling onjuist is.

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

7.9. In het tweede onderdeel wordt in wezen aangevoerd dat bij de beoordeling van het derde gunningscriterium “Ligging en kenmerken van de site in het betrokken perceel” de in de verbeterde offerte bijkomend voorgestelde site CR² werd vergeten.

Dit gunningscriterium wordt in het bestek als volgt omschreven :

“3. LIGGING EN KENMERKEN VAN DE SITE IN HET BETROKKEN PERCEEL: 15%

Zowel voor aanvoer van specie naar een acceptatiesite als voor het transport van te bergen verwerkt product naar de definitieve bergingssite (cf. III.8.4) zijn de ligging van de acceptatiesite én de TOP bepalend voor bepaling van transportmodus en transportafstand.

De inschrijver geeft in zijn offerte duidelijk weer

- het adres van de acceptatiesite(s) voor het betrokken perceel
- de kenmerken van de voorgestelde acceptatiesite(s): capaciteit, aanvoervolume per tijdseenheid, specie voor specifieke behandeling of alle types specie is er aanvaardbaar, ...
- het adres van de TOP(s) voor het betrokken perceel
- de kenmerken van de voorgestelde TOP(s): capaciteit, afvoerregime,

De inschrijver kan zich gunstiger laten klasseren door

1. het voorzien van meerdere acceptatiesites die oordeelkundig gespreid zijn tov. de te baggeren waterwegen in het betrokken perceel
2. het voorzien van acceptatiesites waar alle specie, ongeacht de te voorziene behandeling, kan worden aangeleverd
3. het voorzien van meerdere TOPs die oordeelkundig gespreid zijn tov. de preferentiële bergingslocaties voor het perceel
4. het voorzien van de TOP(s) langs de waterwegen

met dien verstande dat in zijn offerte de moduskeuze en de financiële impact daarvan duidelijk wordt vermeld.

Bij de beoordeling van dit criterium houdt de aanbestedende overheid GEEN rekening met eventueel intern transport tussen de door de inschrijver

opgegeven sites bv. om de specie van de plaats van acceptatie te brengen naar een plaats van behandeling/tijdelijke stapeling. Dit transport is een last van de aanneming”.

7.10. De verbeterde offerte van de verzoekende partijen wordt voor dit gunningscriterium als volgt beoordeeld :

“De antwoorden op de vraagstelling in het kader van de onderhandelingsprocedure en de verbeterde offerte leveren volgende bijstellingen aan de aanvankelijke beoordeling in dit criterium:

- De THV Jan De Nul-Envisan voorziet voor perceel 2 volgende bijkomende behandelingssite, waar partijen specie geaccepteerd worden in overeenstemming met de verwerkingstechnieken die er ter beschikking zijn: Sedival (Moen).
De site Sedival ligt langs het kanaal Bossuit-Kortrijk binnen de contour van te baggeren waterlopen in dit perceel.
- Op de bijkomend voorgestelde site Sedival worden alle gevraagde verwerkingstechnieken aangeboden.
- Tijdelijke opslag van behandelde specie is mogelijk op de site Hulsdonk. De aangeboden site is gunstig gelegen tov de bergingslocaties.
- De site Hulsdonk ligt langs een waterweg.

Gelet op het onderzoek van de offerte en de hierboven gemaakte beoordeling, kent de beoordelingscommissie aan deze inschrijver voor dit gunningscriterium een score van 11.00/15 toe.

Deze matig positieve beoordeling is te wijten aan het feit dat voor deze offerte enkele goede tot zeer goede punten dienden weerhouden te worden. Evenwel en in vergelijking met de andere offertes zijn er tevens mindere punten te weerhouden. Daar waar als positief te weerhouden is onder meer dat acceptatie van te behandelen specie op drie sites voorzien wordt, is het ongunstig dat acceptatie op sites enkel kan van specie in overeenstemming met de behandelingstechnieken die er beschikbaar zijn. Ook het feit dat slechts op één site TOP capaciteit is voorzien”.

7.11. Uit de verbeterde offerte van de verzoekende partijen blijkt vooreerst dat deze partijen de site CR² uitdrukkelijk als “uitwijkmogelijkheid” voorstellen. Verder dient vastgesteld dat de verzoekende partijen weliswaar opwerpen dat het voor zich spreekt dat hun offerte “een aanzienlijk hogere score voor dit criterium diende te krijgen aangezien hierdoor nog een bijkomende vierde site in rekening dient te worden gebracht waarop bovendien alle gevraagde behandelingstechnieken mogelijk zijn”, maar niet aantonen dat de site CR² een

TOP site is -prima facie blijkt eerder het tegendeel uit hun stuk IV 1, te weten een tabel met overzicht van de door de inschrijvers in de eerste en tweede ronde aangeboden sites, waarbij zij voor hun sites enkel bij de site Hulsdonk “TOP” vermelden- en evenmin aantonen dat op deze site acceptatie niet enkel kan “in overeenstemming met de behandelingstechnieken die er beschikbaar zijn”, zodat, ook al zou bij de beoordeling van het derde gunningscriterium met de site CR² rekening worden gehouden, de twee door de verwerende partij vastgestelde mindere punten bij de beoordeling op het eerste gezicht blijven gelden.

In het licht van het voormelde en gelet op het groter aantal positieve vaststellingen op dit punt bij de gekozen inschrijver, tonen de verzoekende partijen niet met de vereiste prima facie ernst aan dat, indien rekening zou worden gehouden met de site CR², hun score minstens 1,63 hoger moet zijn, en derhalve ook niet dat dit onderdeel alleen, indien ernstig, bij heroverweging ertoe moet leiden dat zij in de eindrangschikking minstens ex aequo met de gekozen inschrijver worden gerangschikt.

Gelet op het voormelde en aangezien, zoals hierna bij de beoordeling van het tweede en het derde middel zal blijken, de andere grieven waarmee de beoordeling van de gunningscriteria wordt betwist, niet ernstig zijn, tonen de verzoekende partijen hun belang bij de in het tweede middelonderdeel geformuleerde grief niet aan.

Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van het “patere legem quam ipse fecisti”-beginsel, van de materiële motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, van artikel 3 van de motiveringswet, van het gelijkheids- en transparantiebeginsel (artikelen 10 en 11 van de Grondwet) en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij zetten uiteen dat bij de beoordeling van het vierde gunningscriterium “Acceptatiewijzen” de site CR² ten onrechte een negatieve beoordeling omwille van een zogenaamd “natransport over de weg” bij “acceptatie via de waterweg” heeft verkregen. Hierdoor heeft de verwerende partij de offerte van de verzoekende partijen beoordeeld op grond van een criterium dat niet in het bestek of de aankondiging van de opdracht was opgenomen. Het bestek bepaalt met betrekking tot het vierde gunningscriterium “Acceptatiewijzen” immers wat volgt:

“Bij de beoordeling van dit gunningscriterium zullen volgende aspecten in aanmerking worden genomen:

1. Of de afname enkel mogelijk is via wegtransport, dan wel of de acceptatiesite ook beschikt over een eigen kaaimuur/laad-losinstallatie of dient gebruik gemaakt te worden van een kaai van derden (onder welke voorwaarden kan deze kaai dan gebruikt worden, ...).
Gelet op het feit dat de aanbestedende overheid het transport over de waterweg wil stimuleren, worden hogere scores toegekend aan de inschrijvers waarvan de acceptatiesite(s) over het water vlot bereikbaar is.
[...].”

Het transport onder het voormelde punt 1 heeft volgens de verzoekende partijen duidelijk betrekking op het transport van de verwijderde baggerspecie “tot aan de acceptatiesite”, dat buiten deze overheidsopdracht valt, en niet op het zogenaamde intern transport, dat start “vanaf de afname op de acceptatiesite”. Overigens wordt met betrekking tot het intern transport in het bestek bepaald dat dit intern transport, “bv. om de specie van de plaats van acceptatie te brengen naar een plaats van behandeling/tijdelijke stapeling”, een last van de aanneming is. Het is volgens de verzoekende partijen evident dat de baggerspecie niet op de loskade zelf zal behandeld worden. Dit is ook zo voor de overige inschrijvers die specie afnemen via een kade aan een waterweg. Vanuit deze optiek zou de verwerende partij elke site die vlot bereikbaar is over het water toch een ongunstige beoordeling dienen te geven omwille van het beperkte natransport dat hier per definitie uit voortvloeit.

Rekening houdend met deze volkomen ten onrechte geformuleerde negatieve beoordeling kregen de verzoekende partijen een score van 8,00/10 voor dit gunningscriterium. De tussenkomende partij behaalde hier

eveneens een score van 8,00/10. Daarbij dient onderstreept dat deze laatste partij eveneens de site CR² heeft aangeboden onder de benaming “SRC Rhodia”, maar uit het gunningsverslag niet blijkt of ook de tussenkomende partij voor deze site gebruik maakt van een beperkt “natransport over de weg”. Zo dit het geval is, werden de offertes van de verzoekende partijen en de tussenkomende partij duidelijk niet op gelijke voet behandeld, aangezien deze laatste partij hiervoor niet negatief werd beoordeeld.

Beoordeling

8.2. Het vierde gunningscriterium wordt in het bestek als volgt omschreven :

“4. ACCEPTATIEWIJZEN:10%

Bij de beoordeling van dit gunningscriterium zullen volgende aspecten in aanmerking worden genomen:

1. Of de afname enkel mogelijk is via wegtransport, dan wel of de acceptatiesite ook beschikt over een eigen kaaimuur/laad-losinstallatie of dient gebruik gemaakt te worden van een kaai van derden (onder welke voorwaarden kan deze kaai dan gebruikt worden, ...).
Gelet op het feit dat de aanbestedende overheid het transport over de waterweg wil stimuleren, worden hogere scores toegekend aan inschrijvers waarvan de acceptatiesite(s) over het water vlot bereikbaar is.
2. Snelheid van lossen (beschikbaar materieel/personeel voor lossen)
3. Tijdsduur van lossen van schip/vrachtwagen (lostijden: openingsuren waarbinnen mag gelost worden, hierbij rekening houdende met de onder ‘III-3 Afnamemodaliteiten’ opgelegde minimaal te respecteren tijden;”).

8.3. De verbeterde offerte van de verzoekende partijen waarin de kwestieuze site CR² wordt voorgesteld, wordt voor het voormelde gunningscriterium als volgt beoordeeld :

“De antwoorden op de vraagstelling in het kader van de onderhandelingsprocedure en de verbeterde offerte leveren volgende bijstellingen aan de aanvankelijke beoordeling in dit criterium

- RC&TOP Hulsdonk kan in overleg met de concessiehouder beschikken over een kade langs de Moervaart. De site Sedival Moen

beschikt over een kade. De mobiele installatie wordt opgesteld langs een kade. De site CR² te Gent kan beschikken over een kade van AMT, gelegen aan de overzijde van de waterweg - natransport over de weg is dus noodzakelijk.

- Op basis van het materieel dat wordt ingezet geeft de inschrijver een snelheid van lossen van schepen op van 250 ton/uur voor alle sites mvv. de mobiele installatie: daar is de lossnelheid voor schepen 100 ton/uur.

De maximale tijd die nodig is om een vrachtwagen te lossen op RC&TOP Hulsdonk, Noorderwal en site Sedival en site CR² bedraagt gemiddeld 6 minuten. Aanvoer per vrachtwagen naar de mobiele installatie is niet toegelaten.

De opgegeven snelheden waarmee schepen gelost worden zijn relatief gunstig (mvv de mobiele installatie) en de lostijden waarin vrachtwagens worden gelost zijn zeer gunstig.

- Standaard losuren voor schepen en vrachtwagens op RC&TOP Hulsdonk worden uitgebreid tot de periode tussen 6u00 en 22u00 (maximum volgens milieuvergunning). Ook de sites Noorderwal en Sedival wordt geëxploiteerd volgens de maximaal in de vergunning toegestane openingstijden, met name 7u-19u.

De site CR² is doorlopend geopend van maandag 6u tem. Zaterdag 18u.

De openingsuren worden derhalve als zeer gunstig beoordeeld.

De openingstijd voor de mobiele installatie is evenwel niet opgegeven.

Gelet op het onderzoek van de offerte en de reeds gemaakte beoordeling, kent de beoordelingscommissie aan deze inschrijver voor dit gunningscriterium een score van 8.00/10 toe.

Hoewel er positieve elementen te lezen zijn in de offerte waaronder onder meer de aanwezigheid van een eigen loskade en de zeer ruime openingstijden, werd onder meer weerhouden dat waar de opgegeven snelheden waarmee schepen worden gelost goed zijn dit niet geldt voor de mobiele installatie. Bovendien vergt de site CR² een natransport over de weg wat als negatief wordt ervaren”.

8.4. Uit het “patere legem quam ipse fecisti”- beginsel vloeit voort dat de aanbestedende overheid in elk geval bij het doorvoeren van een inhoudelijke beoordeling van offertes gehouden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld: de inhoudelijke beoordeling van de offertes mag alleen gebeuren aan de hand van de gunningscriteria die in het bestek of de aankondiging van de opdracht zijn opgenomen, zodat geen andere gunningscriteria bij de beoordeling

mogen worden betrokken, en de offertes moeten worden beoordeeld op grond van alle in het bestek vermelde gunningscriteria, subcriteria inbegrepen.

8.5. De verzoekende partijen tonen niet concreet aan, zoals reeds vastgesteld bij de beoordeling van het eerste middel (randnummer 7.4), dat de motivering in het gunningsverslag waarop de bestreden beslissing steunt niet afdoende was om hen in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de bestreden beslissing te verweren.

8.6. Nog daargelaten het betoog van de verwerende partij dat te dezen de acceptatie van de baggerspecie aan de site zelf en niet aan de kade relevant is, dient in de huidige stand van het geding, in het licht van de nadruk die in het bestek wordt gelegd op de stimulatie van het transport over de waterweg en nu in het vierde gunningscriterium anders dan in het derde gunningscriterium niet wordt vermeld dat geen rekening wordt gehouden met intern transport, te worden vastgesteld dat de verzoekende partijen niet aantonen dat het niet in rekening nemen van intern transport noodzakelijk ook de inhoud is van het vierde gunningscriterium. De door de verzoekende partijen aangevoerde omstandigheid dat dit intern transport een last van de aanneming is, doet op het eerste gezicht niet anders besluiten. Prima facie blijkt niet dat de verwerende partij, door bij de verzoekende partijen te wijzen op het beperkt natransport over de weg, een criterium heeft gebruikt dat niet in het bestek of de aankondiging van de opdracht is opgenomen. De verzoekende partijen betwisten verder niet de juistheid van de vaststelling dat natransport over de weg met betrekking tot de site CR² vereist is.

In zoverre de verzoekende partijen nog aanvoeren dat dit laatste steeds het geval zal zijn en opmerken dat de tussenkomende partij dezelfde site voorstelt en dat, “zo dit het geval is”, ten aanzien van haar offerte dezelfde negatieve opmerking had moeten worden gemaakt, dient vastgesteld dat uit de offerte van de tussenkomende partij blijkt dat “[d]e schepen zullen worden gelost met een loskraan waarna de specie met kipwagens of via de transportband naar het verwerkingscentrum wordt gebracht”. Aldus lijkt bij de tussenkomende partij natransport over de weg voor de kwestieuze site niet noodzakelijk.

Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

9.1. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de materiële motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, van artikel 3 van de motiveringswet, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheids- en transparantiebeginsel en het “patere legem quam ipse fecisti”-beginsel.

Zij betogen dat noch in de bestreden beslissing, noch in het gunningsverslag een duidelijk inzicht wordt geboden hoe precies tot de puntentoekenning is gekomen. Er wordt bijvoorbeeld niet gewerkt met waardetabellen, zoals bij andere opdrachten van de verwerende partij. Hierdoor is het niet duidelijk hoe de door de verwerende partij geformuleerde waarderungen zoals “relatief gunstig gelegen” en “relatief ongunstig gelegen” bij het derde gunningscriterium en waarderungen zoals “een matige hoeveelheid specie” en “een ruim matige hoeveelheid specie” bij het vijfde gunningscriterium vertaald werden in de finale score voor deze gunningscriteria.

Wat de puntentoekenning voor het derde gunningscriterium “Ligging en kenmerken van de site in het betrokken perceel” betreft, wijzen de verzoekende partijen erop dat zij voor dit criterium een score van 11,00/15 kregen en de nv DC Industrial 12,50/15, wat niet correct is. De verzoekende partijen hebben vier sites binnen perceel 2 opgegeven, waarbij op de sites Hulsdonk en CR² alle behandelingstechnieken mogelijk zijn en op de site Noorderwal en Sedival Moen uitsluitend ontwatering. Uit de meetstaat kan afgeleid worden dat 98,69% van het totale volume alleen ontwaterd dient te worden, terwijl de andere behandelingstechnieken (fractionatie/ontzanden, biologische reiniging en fysico-chemische reiniging) slechts een fractie van het gevraagde vertegenwoordigen. Daar waar de verzoekende partijen maar liefst vier sites gelegen binnen perceel 2 heeft opgegeven waar kan ontwaterd worden, kan de

nv DC Industrial er hiervoor slechts twee aanbieden binnen perceel 2: de site Noorderwal en de site Stadsbader-Flamand. Bovendien bevindt één van de overige sites van de nv DC Industrial zich totaal niet binnen het betrokken perceel, namelijk de site Bioterra te Opglabbeek. De verzoekende partijen dienden voor dit gunningscriterium dan ook een aanzienlijk hogere score dan de nv DC Industrial te krijgen, dus veel meer dan 12,50/15. De tussenkomende partij behaalde hier een score van 13,00/15.

Wat de puntentoekenning voor het vierde gunningscriterium “Acceptatiewijzen” betreft, herhalen de verzoekende partijen in essentie het gestelde onder het tweede middel.

Wat de puntentoekenning voor het vijfde gunningscriterium “Acceptatiecapaciteit” betreft, wijzen de verzoekende partijen erop dat zij voor dit gunningscriterium een score van 13,50/15 kregen, terwijl de tussenkomende partij een score kreeg van 14,50/15. Voor deze lagere score wordt in het gunningsverslag de volgende motivering verstrekt: “Deze offerte scoort tevens gunstig zoals deze van DCI als deze van DEC doch scoort minder dan deze beide inschrijvers onder meer doordat de dagelijks te accepteren hoeveelheden matig tot ruim zijn en bij de berekening van de ontwateringscapaciteit uitgegaan is van volledig vergunde hoeveelheden”. Deze motivering kan niet gevolgd worden. Vooreerst dient vastgesteld dat de nv DC Industrial een score kreeg van 11,00/15, zodat de verwijzing naar de offerte van deze inschrijver een fout betreft. Voorts heeft een eerste grief met betrekking tot de motivering betrekking op de dagelijks te accepteren hoeveelheden. In het bestek wordt vermeld: “De inschrijver kan zich gunstiger laten klasseren door: de tonnages hij dagelijks kan ontvangen (...)”. De tussenkomende partij biedt voor elke site een capaciteit van 3.500 ton per dag aan, terwijl de verzoekende partijen voor haar sites Hulsdonk, CR² en Sedival Moen 4.200 ton per dag kan ontvangen en op Noorderwal 3.500 ton per dag. Desalniettemin wordt de afnamecapaciteit per dag voor de tussenkomende partij als “ruim” omschreven, terwijl deze voor de verzoekende partijen, die voor drie sites een afnamecapaciteit heeft die 20% hoger ligt, als “matig tot ruim” wordt omschreven. In elk geval diende de offerte van de verzoekende partijen op basis hiervan een hogere en geen mindere score te krijgen dan de offerte van de

tussenkomen de partij. Een tweede grief met betrekking tot de motivering heeft betrekking op de berekening van de ontwateringscapaciteit. Het is volstrekt onduidelijk hoe de verzoekende partijen op dit punt ongunstiger kunnen beoordeeld worden dan de tussenkomen de partij, nu zij 1.001.700 ton per jaar of ongeveer 265% van de gevraagde 373.067 ton bieden. De tussenkomen de partij biedt amper 423.360 ton per jaar aan (112%). De offerte van de verzoekende partijen diende dus ook op basis hiervan een hogere en geen “mindere” score dan de offerte van de tussenkomen de partij te krijgen. De motivering van de verwerende partij is gebrekkig en derhalve niet afdoende. Klaarblijkelijk heeft deze laatste partij bij de beoordeling van dit criterium ook het aandeel van de aangeboden capaciteit opzichts de vergunde werkcapaciteit in rekening genomen. Zo schrijft zij bij de tussenkomen de partij dat de aangeboden ontwateringscapaciteit nog steeds beduidend onder de vergunde verwerkingscapaciteit van de sites ligt, terwijl bij de verzoekende partijen wordt uitgegaan van de volledig vergunde ontwateringscapaciteit. Dit betreft nochtans geen gunningscriterium en de verwerende partij mocht de offertes hier dan ook niet op beoordelen. Bovendien stelt zich de vraag naar de relevantie van dergelijk criterium, aangezien de aangeboden capaciteit zo ver boven het gevraagde ligt (265%).

Beoordeling

9.2. In zoverre de verzoekende partijen in een eerste algemene grief aanstoot nemen aan het ontbreken van waardetabellen, tonen zij op het eerste gezicht niet concreet aan dat dergelijke vereiste voortvloeit uit de ingeroepen rechtsregels en -beginselen. Voorts tonen zij ook hier niet concreet aan, zoals reeds vastgesteld bij de beoordeling van het eerste middel (randnummer 7.4), dat de motivering in het gunningsverslag waarop de bestreden beslissing steunt niet afdoende was om hen in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de bestreden beslissing te verweren.

9.3. Het betoog van de verzoekende partijen dat zij bij het derde gunningscriterium “Ligging en kenmerken van de site in het betrokken perceel” een aanzienlijk hogere score dienden te behalen dan de nv DCI, nu zij vier sites heeft opgegeven binnen het perceel waar kan worden ontwaterd en DCI slechts één, wordt niet aangenomen, nu de verzoekende partijen op het eerste gezicht niet aantonen dat zij, ook met inbegrip van de site CR², niet slechts één TOP-site aanbieden, terwijl DCI twee dergelijke sites aanbiedt. Bij de nv DCI wordt voorts niet vastgesteld, zoals dit bij verzoekende partijen het geval is, dat acceptatie op de sites enkel kan “van specie in overeenstemming met de behandelingstechnieken die er beschikbaar zijn”.

9.4. De grief van de verzoekende partijen dat bij het vierde gunningscriterium “Acceptatiewijzen” de site “SRC Rhodia” voor de gekozen inschrijver nergens negatief wordt beoordeeld, terwijl het natransport over de weg voor diezelfde site (onder de andere benaming CR²), wat hen betreft, ten onrechte als negatief wordt beoordeeld, valt samen met het tweede middel en is om de redenen, vermeld bij de beoordeling van dit laatste middel, niet ernstig.

9.5. De derde grief van de verzoekende partijen betreft de beoordeling van het vijfde gunningscriterium “Acceptatiecapaciteit”. Dit gunningscriterium wordt in het bestek als volgt omschreven :

“5. ACCEPTATIECAPACITEIT: 15%

In de beoordeling van dit gunningscriterium spelen volgende 2 deelaspecten een rol:

1. flexibiliteit in acceptatiehoeveelheden

De inschrijver beschikt over vergunningen (of heeft nog procedures lopende) voor de verschillende stappen in deze dienstenopdracht.

Rekening houdend met de aangevraagde/verkregen vergunningsvoorwaarden dient de inschrijver in zijn offerte aan te geven hoe flexibel hij in het kader daarmee kan omgaan.

De inschrijver kan zich gunstiger laten klasseren door: de tonnages [die] hij dagelijks kan ontvangen, de tonnages die hij maximaal per maand kan ontvangen, het aantal eventuele rustpauzes die dienen te

worden ingelast, ...

Specifiek voor perceel 1 wordt, bij voorkeur in het Benedenscheldebekken, extra capaciteit gevraagd voor het tijdelijk stapelen van herbruikbare specie (afkomstig uit infrastructuurprojecten) met het oog op het hergebruik ervan binnen de werven van de aanbestedende overheid, in het bijzonder de bouw van dijken in het kader van het Sigmaplan.

Onder voorbehoud van de beschikbaarheid van budgetten/werven in uitvoering, wordt indicatief een tijdelijke stappeling gedurende 960.000 tondagen – 2.880.000 tondagen opgegeven. Qua partijgrootte wordt indicatief 16.000 ton opgegeven.

De inschrijver geeft weer (rekening houdend met zijn jaarlijks gemiddelde gerealiseerde volume-omzet) op welke wijze hij invulling kan geven aan deze indicatief opgegeven stapelcapaciteit.

Een betere score wordt toegekend aan de inschrijver die aantoont dat hij deze (of grotere) hoeveelheden over een langere periode kan stockeren.

2. Volume door de dienstverlener te vermarkten specie als niet vormgegeven bouwstof

Het optimaal gebruik van bergingslocaties vereist dat deze maximaal aangewend worden voor de definitieve berging van niet herbruikbare specie.

In het bijzonder dient ernaar gestreefd te worden om ook [voor] specie die in aanmerking komt voor hergebruik als niet-vormgegeven bouwstof doch bouwtechnisch minderwaardig is, een nuttige toepassing te zoeken.

Hierbij gaat de aanbestedende overheid uit van de principes zoals weergegeven in het Sectoraal Uitvoeringsplan Bagger- en Ruimingsspecie (SUP BRS), waarbij kan gesteld worden dat

- o 82% van de aangeleverde specie in aanmerking komt voor hergebruik, hetzij als bodem, hetzij als niet vormgegeven bouwstof;
- o 18% van de aangeleverde specie niet in aanmerking komt voor hergebruik. Van deze 18% wordt 12% reinigbaar geacht conform de BBT, wat uiteindelijk erop neer komt dat van deze speciestroom nog 5% in aanmerking komt voor hergebruik, en de te storten fractie 13% bedraagt.

In praktijk zal deze fractie hoger liggen. Immers: ook de speciehoeveelheid waarvoor geen nuttige toepassing kan worden gevonden omwille van de slechte(re) bouwtechnische karakteristieken, ondanks een voldoende milieukwaliteit, zal definitief geborgen moeten worden. De fractie die hierdoor bijkomend moet gestort worden, werd in hoger genoemd SUP BRS geraamd op 50% van de specie die voldoet aan de VLAREA-norm voor hergebruik bouwstof.

Gelet op het belang om bergingslocaties voor baggerspecie zo

optimaal mogelijk aan te wenden, dient de inschrijver in zijn offerte aan te geven hoeveel % van de (tijdens de duur van deze aanneming) aangeleverde specie

o die bij ink[l]euring in aanmerking komt voor vrij hergebruik als niet-vormgegeven bouwstof

EN

o waarvan de aanbestedende overheid geen eigenaar wenst te blijven

door hem zullen afgenomen en vermarkt worden. De aanbestedende overheid streeft naar een afnamepercentage van 30%.

Hoe meer specie de aannemer zelf kan vermarkten, hoe gunstiger de offerte wordt beoordeeld”.

9.6. De verbeterde offerte van de verzoekende partijen wordt voor dit vijfde gunningscriterium als volgt beoordeeld :

“De antwoorden op de gestelde vragen en/of verbeterde offerte levert volgende bijgestuurde of nieuwe informatie mbt. dit criterium:

1. Door toevoeging van de site Sedival Moen, de mobiele installatie (de beoordelingscommissie meent uit het dossier te moeten afleiden dat deze of te Ruisbroek of te Oostende wordt opgesteld) en de site CR² enerzijds, en een verhoogde aangeboden capaciteit op de site Hulsdonk wordt in de verbeterde offerte een hogere ontwateringscapaciteit aangeboden.

De marge ten opzichte van de in het bestek indicatief opgegeven hoeveelheid voor ontwateren bedraagt nu ca. 265 %, rekening houdend met de uniforme berekening voor de site Noorderwal.

De inschrijver heeft bij de berekening van de ontwateringscapaciteit aangenomen dat de volledig vergunde ontwateringscapaciteit op de sites Hulsdonk, mobiele installatie, CR² en Sedival Moen aangeboden wordt.

Uit de verbeterde offerte blijkt de dagelijkse acceptatiecapaciteit hetzelfde, mits een correctie voor de omrekening van m³ naar ton met factor 1,4: 4.200 ton/dag op site Hulsdonk, CR² en Sedival, 3.500 ton/dag voor site Noorderwal, 1.250 ton/dag bij de mobiele installatie. De beoordelingscommissie meent dat deze hoeveelheden matig tot ruim zijn.

2. geen wijzigingen middels de verbeterde offerte

Gelet op het onderzoek van de offerte en de hierboven gemaakte beoordeling, kent de beoordelingscommissie aan deze inschrijver voor dit gunningscriterium een score van 13.50/15 toe.

Deze offerte scoort tevens gunstig zoals deze van DCI als deze van DEC doch scoort minder dan deze beide inschrijvers onder meer doordat

- de dagelijks te accepteren hoeveelheden matig tot ruim zijn en
- bij de berekening van de ontwateringscapaciteit uitgegaan is van volledig vergunde hoeveelheden”.

9.7. Wat de kritiek van de verzoekende partijen op de beoordeling van de acceptatiecapaciteit betreft, kan in de huidige stand van het geding worden vastgesteld dat de dagelijks te accepteren hoeveelheid bij de gekozen inschrijver telkens 3500 ton is, terwijl dit bij de verzoekende partijen voor de sites Hulsdonk, CR² en Sedival Moen 4200 ton is, voor de site Noorderwal 3500 ton en voor de mobiele installatie 1250 ton. Gelet op deze laatste hoeveelheid, blijkt prima facie niet dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsvrijheid te buiten is gegaan door de acceptatiecapaciteit van de verzoekende partijen te kwalificeren als “matig tot ruim”. In zoverre de verzoekende partijen eerst ter terechtzitting aanvoeren dat slechts vier van de sites van de tussenkomenende partij in het perceel gelegen zijn, is dit laattijdig en is het middel onontvankelijk. Bovendien kan prima facie worden vastgesteld dat het kwestieuze gunningscriterium niet vereist dat de sites in het perceel gesitueerd zijn, zodat ook de totale hoeveelheid van de verzoekende partijen (17.350 ton) prima facie lager is dan deze van de gekozen inschrijver (24.500 ton).

9.8. Wat betreft de kritiek van de verzoekende partijen dat zij voor het vijfde gunningscriterium ook meer punten hadden moeten krijgen dan de gekozen inschrijver, nu zij een hogere hoeveelheid ontwateringscapaciteit aanboden, gaan deze partijen prima facie voorbij aan de opmerking dat zij, anders dan de gekozen inschrijver, bij de berekening zijn uitgegaan van de volledig vergunde hoeveelheden, vaststelling die zij niet tegenspreken. Waar de verzoekende partijen aanvoeren dat aldus rekening werd gehouden met het aandeel van de aangeboden capaciteit opzichts de vergunde werkcaciteit, terwijl dit volgens hen geen gunningscriterium was, wordt niet prima facie aangetoond dat dit gegeven niet redelijkerwijze vervat kan liggen in het beoordelingsselement “flexibiliteit in acceptatiehoeveelheden”, vermeld in het bestek. In zoverre de verzoekende partijen “zich de vraag [stellen] naar de relevantie van dergelijk criterium aangezien de aangeboden capaciteit zo ver boven [het] gevraagde ligt

(265%)”, lijkt alleen al de wijze van formulering van deze grief voldoende reden om te besluiten dat hij niet ontvankelijk is, of ten minste niet de vereiste ernst heeft om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard.

Het middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

10.1. In een vierde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de materiële motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, van artikel 3 van de motiveringswet, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheids- en transparantiebeginsel (artikelen 10 en 11 van de Grondwet) en het “patere legem quam ipse fecisti”-beginsel.

Zij bekritiseren in dit middel de motivering om hun uiteindelijk niet meer toe te laten om een BAFO in te dienen. Vooreerst wijzen zij erop dat de eerste drie middelen ernstig zijn, zodat zij als eersten dienden gerangschikt te worden en dus per definitie gerechtigd moesten zijn om een BAFO in te dienen.

Ondergeschikt zijn de verzoekende partijen van oordeel dat zij minstens en in elk geval, dus ook als tweede gerangschikte met 1,63 punten minder dan de eerst gerangschikte, de mogelijkheid dienden te krijgen om nog een BAFO in te dienen. De motivering om hen dit te weigeren is immers gebrekkig en derhalve niet afdoende. De aanname van de verwerende partij dat de verzoekende partijen bij het indienen van een BAFO het verschil met de tussenkomende partij “waarschijnlijk” niet meer zou kunnen verkleinen omdat zij reeds de beste prijs bieden en voor dit gunningscriterium het maximaal van de punten (50/50) hebben, houdt geen steek. Voor de beoordeling van het prijscriterium geldt, na aanpassing, immers de volgende formule: $W = (P_{min}/P_x) \times 50$. Daarbij staat “P_{min}” voor de laagste prijs van alle regelmatige inschrijvingen en “P_x” voor de prijs van de betreffende offerte. Dit betekent dat een scherpere prijs van de verzoekende partijen er toe zou leiden dat zij nog steeds 50/50 scoren, maar dat de

tussenkomende partij bij behoud van haar huidige prijs een lagere score zou krijgen. Overigens hadden de verzoekende partijen als inschrijver in het kader van de onderhandelingsfase uitdrukkelijk aangegeven dat nog een korting mogelijk was. Een korting van 3,45% zou reeds volstaan hebben om het verschil van 1,63 punten weg te werken. Dit klemte des te meer nu uit het gunningsverslag blijkt dat de BAFO-aanbieding van de tussenkomende partij geen aanleiding zou geven tot een verbetering van haar score, ook niet op het prijs criterium. Het volstond dus dat de verzoekende partijen een licht verbeterde BAFO-aanbieding hadden ingediend opdat ze als eerste gerangschikt zouden zijn geweest. Het feit dat de verwerende partij bovendien vaststelde dat de tussenkomende partij geen verbetering van haar eerdere offerte(s) in haar BAFO-aanbieding heeft voorgesteld, is een bijkomende omstandigheid, die minstens op dat ogenblik geleid zou moeten hebben tot het alsnog opvragen van een BAFO-offerte van de verzoekende partijen. Bovendien is het ook in het belang van de overheid om offertes die in de totale puntenscore zo dicht bij elkaar liggen, tegen elkaar uit te spelen.

Beoordeling

10.2. De verzoekende partijen bekritisieren de volgende motivering in het gunningsverslag :

“8.4. BESLUIT

In de brieven verzonden naar de tot onderhandeling weerhouden inschrijvers werd - aansluitend bij het bestek - het verdere verloop van de procedure verfijnd als volgt:

Rekening houdende met de gebeurlijk ontvangen verbeterde offertes zal de aanbestedende overheid, rekening houdend met de gunningscriteria, het aantal inschrijvers bepalen om deze alsdan toe te laten een BAFO in te dienen waarna op basis van de meest voordelige offerte zal worden overgegaan tot het sluiten van een overeenkomst.

Uitgaande van de informatie uit punten 8.1 en 8.2 kan worden geconcludeerd dat de meest voordelige offerte voor perceel 2 werd geboden door DEC NV. De volgend gerangschikte offerte is deze ingediend door Jan Denul-Envisan THV.

Hoewel het verschil tussen de eerste gerangschikte en de tweede gerangschikte kleiner is geworden tot 1,63 punten, moet worden opgemerkt

dat naar aanleiding van het indienen van een BAFO door de tweede gerangschikte inschrijver het verschil met de eerste gerangschikte inschrijver waarschijnlijk niet meer zal kunnen verkleinen.

De tweede gerangschikte biedt reeds de beste prijs zodat bij het bieden van scherpere prijzen alleen de eerste gerangschikte hieruit voordeel lijkt te kunnen halen.

Het wegwerken van het verschil van 1,63 punten in functie van de overige gunningscriteria lijkt gelet op de reeds gehouden onderhandeling en naar aanleiding van het indienen van één BAFO niet waarschijnlijk te zijn.

Bijgevolg wordt voorgesteld enkel DEC NV aan te duiden en aan deze inschrijver een Best And Final Offer te vragen.

Indien deze inschrijver niet mocht kunnen voldoen aan de randvoorwaarden voor gunning (o.a. beschikken over de nodige vergunningen) dan wel wanneer de verdere invulling van de gebruiksovereenkomst niet zou kunnen worden aanvaard omdat deze zou afwijken van essentiële elementen, wordt voorgesteld dezelfde procedure over te doen met de eerstvolgende best gerangschikte inschrijver”.

10.3. In de mate dat een schending van de formele motiveringsplicht wordt aangevoerd, is het middel niet ernstig om de redenen uiteengezet bij de beoordeling van het eerste middel (randnummer 7.4).

10.4. Het flexibele kader dat door de onderhandelingsprocedure met bekendmaking aan de aanbestedende overheid wordt geboden, waarbij zij met de inschrijvers kan onderhandelen en een grotere vrijheid heeft om de procedure in te richten en te doorlopen, belet niet dat deze flexibiliteit wordt beperkt, naast het wettelijke en reglementair kader, door de toepassing van onder meer het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast is de aanbestedende overheid op grond van het “patere legem”-beginsel er tevens toe gehouden om haar eigen bestek te eerbiedigen.

10.5. Artikel 1.4.3 van het bestek omschrijft het verloop van de onderhandelingsprocedure als volgt :

“Op basis van de toetsing van de ingediende regelmatige offertes aan de gunningscriteria (zie II.) zal in een eerste fase worden beoordeeld welke offertes economisch meest voordelig zijn voor de aanbestedende overheid, en zal er een rangschikking van de offertes worden opgemaakt.

In een tweede fase zal de aanbestedende overheid onderhandelen met de best

gerangschikte inschrijver of met meerdere best gerangschikte inschrijvers (met een maximum van 5, voor zover het aantal inschrijvingen zulks toelaat).

Tijdens de onderhandelingen kan aan de inschrijvers gevraagd worden om verbeterde offertes voor te leggen, die opnieuw aan de gunningscriteria zullen worden getoetst teneinde de meest voordelige offerte (best and final offer) te kunnen bepalen.

De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor om gedurende de onderhandelingsprocedure het aantal inschrijvers dat wordt toegelaten tot de (verdere) onderhandelingen en het indienen van verbeterde offertes stelselmatig te beperken.

De aanbestedende overheid behoudt zich voor elk perceel het recht voor om geen verdere onderhandelingen te voeren en de opdracht meteen aan de best gerangschikte te gunnen”.

10.6. De beslissing om slechts één voorkeurbieder aan te duiden en alleen de tussenkomenende partij te vragen een BAFO in te dienen en bij de bestreden beslissing vervolgens perceel 2 aan die inschrijver te gunnen en geen BAFO aan de verzoekende partijen te vragen, lijkt op het eerste gezicht niet in strijd met de voormelde bestekbepaling. Nu moet worden vastgesteld dat de aanbestedende overheid de verzoekende partijen, na indiening van de eerste offertes, betrokken heeft in de onderhandelingen en de mogelijkheid heeft geboden een gewijzigde offerte in te dienen, lijkt zij op het eerste gezicht niet onzorgvuldig te hebben gehandeld door in de tweede fase van de procedure te beslissen om nog slechts één inschrijver een BAFO te laten indienen, namelijk de inschrijver die het best gerangschikt werd, teneinde tot contractsluiting te komen. Dit geldt prima facie nog meer nu de verzoekende partijen er, gelet op de weergave van het procedureverloop in het bestek, van op de hoogte waren dat na de beoordeling van de gewijzigde offertes een voorkeurbieder zou worden aangewezen en dat zij aldus, om als voorkeurbieder in aanmerking te komen, hun beste voorstel moesten indienen en van een aanbestedende overheid niet lijkt te kunnen worden verwacht dat zij blijft onderhandelen met alle inschrijvers van toch nog als goed beoordeelde offertes. Het feit dat slechts een verschil van 1,63 punten tussen de offerte van de verzoekende partijen en de tussenkomenende partij bestaat, lijkt er in dit verband prima facie evenmin toe te leiden dat de bestreden beslissing de perken van de redelijkheid te buiten is gegaan.

10.7. De omstandigheid dat de score van de tussenkomende partij voor het gunningscriterium “Prijs” bij het indienen van een BAFO door de verzoekende partijen nog negatief kon worden beïnvloed, doet aan het voormelde prima facie geen afbreuk. Dit gunningscriterium wordt in het bestek, na aanpassing meegedeeld met een brief van 27 juli 2010, als volgt omschreven :

“Op basis van de door de aannemer ingevulde samenvattende meetstaat zal de totale inschrijvingsprijs worden beoordeeld voor de toetsing van het gunningscriterium ‘prijs’. De in de meetstaat opgenomen vermoedelijke hoeveelheden zijn een raming en dus geenszins bindend en zijn niet te aanzien als een minimale of vaste hoeveelheid. De offerte die voor het beschouwde perceel in dit criterium best scoort is voor wat betreft dit gunningscriterium de best gerangschikte offerte. De waardering van de prijs wordt gemaakt op basis van de volgende formule, gerelateerd aan de laagste regelmatige inschrijving:

$$W = (P_{\min}/P_x) \times 50$$

waarin: $P_{\min}$ = de laagste prijs van alle regelmatige inschrijvingen
 P_x = de prijs van de betreffende offerte”.

Indien de verzoekende partijen hun prijs nog hadden verbeterd, terwijl de tussenkomende partij de prijs van haar BAFO behield, zou dit, op basis van de voormelde formule, weliswaar de score van de verzoekende partijen niet hebben verhoogd, maar wel deze van de tussenkomende partij hebben verlaagd. Anderzijds dient vastgesteld dat de verzoekende partijen ingevolge hun verbeterde offerte een aanzienlijk betere score haalden voor “Prijs” en deze dus ook aanzienlijk verlaagden, wat ook wordt bevestigd door de cijfers in het gunningsverslag. In dat licht wordt niet aangetoond dat de verwerende partij haar beoordelingsvrijheid te buiten is gegaan door te oordelen dat de verzoekende partijen reeds “de beste prijs” voorstelden en aldus aannam dat zij waarschijnlijk geen betere prijs meer zouden bieden en vervolgens oordeelde dat bij het bieden van scherpere prijzen alleen de eerst gerangschikte hieruit voordeel lijkt te kunnen halen.

10.8. In zoverre de verzoekende partijen opwerpen dat zij in de onderhandelingsfase aangaven dat een korting mogelijk was, dient vastgesteld dat zij in hun eerste offerte hebben vermeld dat bij de combinatie van de verschillende percelen, afhankelijk van de combinatie, nog een bijkomende korting kon worden

gegeven en dat zij dit graag zouden bespreken tijdens de onderhandelingsfase, doch dat deze partijen in hun verbeterde offerte, in antwoord op de vraag of een korting wordt overwogen indien meer dan één perceel aan hen zou worden gegund, een korting voorstellen, gebaseerd op de jaarlijkse aangeleverde hoeveelheid baggerspecie en dat de verwerende partij in het gunningsverslag over de verbeterde offertes antwoordt dat hiermee in de gunningsfase geen rekening kan worden gehouden ter gunstiger beoordeling van de offerte, omdat zij “zich in het bijzonder bestek uitdrukkelijk [heeft] afgehouden van het zich verbinden tot het aanleveren van minimale hoeveelheden”, beoordeling die niet wordt betwist.

10.9. Waar de verzoekende partijen tenslotte nog aanvoeren dat zij, gelet op de eerste drie middelen, als eerste hadden moeten worden gerangschikt en daarom de mogelijkheid dienden te krijgen om een BAFO in te dienen, volstaat de vaststelling dat die middelen niet ernstig worden bevonden.

Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

11. De middelen zijn niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv DEC tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negenentwintig augustus 2013, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Stephan De Taeye,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Stephan De Taeye