

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.319 van 4 februari 2014
in de zaak A. 211.223/XII-7544**

In zake:

1. de NV SITA REMEDIATION
2. SITA REMEDIATION Gmbh
vennootschap naar Duits recht
samen vormend de thv Sita Remediation B&D – Carcoke
Zeebrugge
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Vanstipelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
2. de NV ENVISAN
3. de NV MOURIK
4. de NV ACLAGRO
5. de BV AFVALSTOFFEN TERMINAL MOERDIJK
vennootschap naar Nederlands recht
samen vormend de thv Demaa
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jo Blockeel
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 januari 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Vlaams minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur van 16 december 2013 (stuk 1) in het kader van de door OVAM uitgeschreven opdracht voor aanneming van diensten ‘Verwijdering en verwerking van gronden die zijn vrijgekomen bij de sanering van het Zijdelings Vaartje’ (BN130604), waarbij de offerte van verzoekende partij niet wordt weerhouden omwille van het feit dat de door verzoekende partij voorgestelde prijsopbouw niet aanvaard wordt, gezien zij (1) geen thermische grondreiniging voor een deel van de partijen in rekening brengt bij haar prijsopbouw voor de grondreinigingsprijs en (2) gezien zij geen transport naar de thermische grondreinigingsinstallatie in Duitsland (Herne) voor minstens een deel van de partijen in rekening brengt bij haar prijsopbouw voor het transport”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 14 januari 2014 hebben de nv Deme Environmental Contractors, de nv Envisan, de nv Mourik, de nv Aclagro en de bv Afvalstoffen Terminal Moerdijk, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 januari 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Johan Vanstipelen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 open aanbesteding voor verlening van diensten uit met als voorwerp het verwijderen en verwerken van ontgraven gronden van de carcok-site in Zeebrugge.

De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. BN130604.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 juli 2013 en in het Supplement van het Publicatieblad van de Europese Unie van 27 juli 2013. Er worden ook enkele wijzigingsberichten bekendgemaakt.

3.2. In het bestek worden de te verlenen diensten als volgt omschreven:

“2.2 Omschrijving der werken

De werken omvatten het opscheppen, laden, transporteren en verwerken van een partij grond. De graafwerken vinden plaats in de periode januari – oktober 2013. De te ontgraven hoeveelheid gronden wordt geraamd op 115.000 ton. Bijkomend ligt er reeds een partij van 15.000 ton grond op stock die gecategoriseerd kan worden onder te verwerken gronden. De te behandelen gronden die voorwerp uitmaken van deze opdracht worden op de oostelijke zijde van het Carcok-terrein gestockeerd.

Van deze partijen grond zijn de volgende analyses ter beschikking (zie bijlage bij bestek):

- Partij van ca. 15.000 ton die reeds ontgraven is en op stock ligt
- Partij die vrij zal komen uit de nog te saneren delen van ca. 115.000 ton: in-situ-stalen op basis van sonderingen, genomen en geanalyseerd in de periode mei-juli 2013.

Na extrapolatie van deze analyseresultaten wordt de hoeveelheid en kwaliteit van de afgegraven en nog af te graven gronden geraamd op:

verwerkingstechniek	Tonnage (ton)
Op de site herbruikbaar	35.000
Te verwerken gronden	90.000
teerafval*	5.000
TOTAAL	130.000

Deze indeling is op de volgende manier tot stand gekomen.

1. In de te ontgraven zones zijn sonderingen uitgevoerd en stalen geanalyseerd (zie bijlage). Er werden 49 sonderingen uitgevoerd tot op een diepte van 4 m-mv. De boorprofielen werden op basis van organoleptische waarnemingen onderverdeeld in deeltrajecten, nl. een bovenlaag en een onderlaag. Per sondering werd één mengstaal per deeltraject samengesteld:

- (*) Van zodra op basis van organoleptische waarnemingen in het bemonsterd pakket de teerhoeveelheid > 25 % wordt ingeschat, wordt de grond als 'teerafval' beschouwd.
- Gronden die niet als 'teerafval' werden beschouwd, werden getoetst aan de terugsaneerwaarden uit het bodemsaneringsproject van 15 december 2010 (terugsaneerwaarden in bijlage bij dit bestek of in het bij de opdrachtgever op te vragen bodemsaneringsproject):
 - o Als alle analyseresultaten zich onder deze terugsaneerwaarden bevinden, wordt de grond beschouwd als 'op de site herbruikbaar'
 - o Als voor minstens één parameter de terugsaneerwaarden wordt overschreden, wordt de grond beschouwd als te verwerken.

2. Alle bemonsteringstrajecten werden ondergebracht in één van de drie bovenstaande klassen. Het optellen van de verschillende laagdiktes leidde tot de volgende procentuele verdeling:

- op de site herbruikbaar 41 %
- te verwerken grond 55 %
- teerafval*: 4 %

3. Omdat deze onderverdeling evenwel gemaakt is op basis van puntstalen en omdat het in praktijk vaak niet evident is om te hergebruiken grond te onderscheiden van te verwerken grond, worden bovenstaande percentages aangepast als volgt:

- op de site herbruikbaar 31 % (i.e. – 10 %)
- te verwerken grond 65 % (i.e. + 10 %)
- teerafval*: 4 %

4. De verdeling van de nog uit te graven partij van 115.000 ton volgens deze bekomen verhouding geeft:

- op de site herbruikbaar: 35.000 ton
- te verwerken grond: 75.000 ton
- teerafval*: 5.000 ton

Indien men de partij van ca. 15.000 ton die reeds op stock voor verwerking hierbij in rekening brengt, komt men de verdeling volgens bovenstaande tabel.

De conclusie van deze oefening is dus dat er ca. 90.000 ton te verwerken grond en ca. 5.000 ton teerafval moet behandeld worden binnen dit bestek. De ca. 35.000 ton te hergebruiken gronden worden in het kader van het reeds lopend contract op de site aangewend.¹

Om een beeld te krijgen van de restfractie werden later extra analyses uitgevoerd van de hoeveelheid organische stof en fijne fractie' (< 63 µm). In eerste instantie werden wandstalen geselecteerd van reeds uitgevoerde ontgravingen naast de nog te ontgraven delen. Ter controle werden ook stalen geselecteerd van delen die verder weg liggen van de te saneren delen. Het gaat hier dus niet om stalen van de in kader van dit bestek te verwerken gronden maar om stalen van gronden in de onmiddellijke nabijheid. Van beide werd de gemiddelde restfractie indicatief berekend in een samenvattende tabel, alsook het gemiddeld van alle berekende restfracties. [...]

Alle originele analyseresultaten, alsook een samenvattende tabel, zijn te vinden in bijlage bij dit bestek.

¹In de analyseresultaten in bijlage zitten zowel analyses van de gronden die in kader van dit bestek verwerkt dienen te worden als analyses van de gronden die op de site zullen hergebruikt worden in kader van de reeds lopende werken. De opdrachtgever heeft ervoor gekozen om alle informatie ter beschikking te stellen van de nog te ontgraven gronden om de inschrijver de kans te geven om voor zichzelf een inschatting te maken van de verdeling van de tonnages per bestemming”.

3.3. Posten 2 en 3 worden in het bestek als volgt omschreven:

“Post 2:

Deze post voorziet het opscheppen van de gronden, het transport naar de boot, het laden van de boot en het transport naar de erkende verwerker zoals voorgesteld door de inschrijver. Elke afgevoerde partij kan slechts éénmaal aangerekend worden, ongeacht de acceptatie door de ontvangende verwerker of niet. De verantwoordelijkheid om de partij af te voeren naar een erkend verwerker die deze afvalgronden effectief kan verwerken ligt bij de inschrijver.

Het transport van de gronden dient te gebeuren over het water. Aan de oostelijke zijde van de Carcoke-site ligt het Boudewijnkanaal, langs waar de gronden kunnen getransporteerd worden. De inschrijver zorgt zelf voor de praktische organisatie, zoals de inrichting van de kade en het contact met de havenkapitein. De inschrijver is verantwoordelijk voor de stabiliteit van de kade bij het transport met vrachtwagens en het laden.

[...]

Het transport van het ‘teerafval’ gebeurt idealiter eveneens over het water. Gelet op de mogelijks relatief kleine hoeveelheden, wordt het transport van

teerafval mbv. vrachtwagens eveneens toegestaan. Tijdens het transport moeten de vrachtwagens met zeil afgedekt zijn.

Alle analyses die door de inschrijver worden uitgevoerd maken eveneens deel uit van deze post.

De inschrijver verzorgt alle nodige administratieve formaliteiten voor het uitvoeren van grensoverschrijdend afvaltransport en het bekomen van de noodzakelijke toelatingen hiervoor.

Post 3:

Ter voorbereiding van deze aanbesteding werd een bemonsteringscampagne uitgevoerd van de uit te graven gronden. Alle analyseresultaten zijn in bijlage bij dit bestek toegevoegd. Het staat de inschrijver vrij om bijkomende informatie over deze gronden te verzamelen. Staalname van de aanwezige partij kan na afspraak gebeuren tijdens het verplicht plaatsbezoek (zie 1.9). In geen geval kan de inschrijver extra kosten aanrekenen indien enige vorm van voorbehandeling nodig is of indien afvalgronden niet geaccepteerd worden door de gekozen verwerker.

De verwerkingscertificaten dienen na afloop aan de opdrachtgever en het begeleidende studiebureau overgemaakt te worden. De post verwerking kan pas gevorderd worden na ontvangst van de verwerkingscertificaten.

In de inventaris wordt een onderscheid gemaakt tussen te reinigen gronden en teerafval. In het grondreinigingscentrum wordt het gewicht van de gronden/teerafval, het uur van aankomst van het schip/vrachtwagen en diens identificatiegegevens genoteerd. De ijkingsattesten en de vrachtbrief met hierop voorafgaand opgesomde vermeldingen worden op wekelijkse basis aan de opdrachtgever overgemaakt.

De opdrachtgever betaalt éénmaal de kost van verwerking voor elke afgevoerde hoeveelheid. De vordering mag pas ingediend worden na effectieve verwerking en de verwerkingsattesten worden toegevoegd.

Het teerafval zal op aparte hopen gestockeerd worden. Het moet apart gewogen worden. Tijdens het transport van teerafval mag geen mogelijkheid bestaan op vermenging met gronden.

Alle analyses die door de inschrijver worden uitgevoerd maken eveneens deel uit van deze post”.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 30 september 2013. Acht offertes worden ingediend, waaronder die van de verzoekende partijen en van de thv Demaa (bestaande uit de tussenkomende partijen).

De verwerende partij vraagt bij ter post aangetekende brief van 6 november 2013 de volgende prijsverantwoording aan de verzoekende partijen:

“In toepassing van art. 99, § 2 van het KB van 15 juli 2011 Plaatsing, verzoeken wij u om ons een prijsverantwoording te bezorgen voor het totaalbedrag van uw offerte alsook een prijsverantwoording voor volgende posten:

- Post 2.1. opscheppen, laden en transport van gronden: voor de verantwoording van deze post verwachten wij minstens uw inschatting van hoeveel vrachten er hoeveel kilometer dienen te worden getransporteerd, evenals de bestemming en de gedetailleerde onderbouwing van eenheidsprijzen per kilometer voor het transport.
- Post 3.1. reiniging gronden: voor de verantwoording van deze post verwachten wij minstens uw inschatting van tonnages per reinigingstechniek, hoe en waar deze gronden zullen worden behandeld en de gedetailleerde onderbouwing van de eenheidsprijzen voor deze handelingen”.

De verzoekende partijen geven bij brief van 18 november 2013 de gevraagde prijsverantwoording.

3.5. In het gunningsverslag van 27 november 2013 wordt de prijsverantwoording van de verzoekende partijen als volgt geëvalueerd:

“Prijzsetting voor grondreiniging (post 3.1)

THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge gaat er in haar prijsberekening van uit dat alle gronden fysicochemisch te reinigen zullen zijn, mits bepaalde aanpassingen aan het proces. Zij baseert zich daarvoor op de stalen die door haar vertegenwoordigers genomen zijn tijdens hun plaatsbezoek op 20 augustus 2013. Deze stalen werden genomen van de gronden die reeds op stock lagen. In het bestek stond evenwel duidelijk vermeld dat de te verwerken gronden deels reeds op stock lagen (ca 15.000 ton, die dus bemonsterd zijn door SITA) en deels nog te ontgraven waren (ca 115.000 ton). Van alle te verwijderen gronden (dus ook van de niet door SITA bemonsterde gronden) werden analysecertificaten als bijlage bij het bestek toegevoegd. Het stond inschrijvers ook vrij om hiervan zelf stalen te nemen. In de analyseresultaten van de nog niet ontgraven gronden blijken geregeld hogere concentraties voor te komen dan die van de op stock liggende gronden. De concentraties en/of het slibgehalte zijn er geregeld veel hoger dan de door de grondreinigungssector aanvaarde richtinggevende verwerkingsgrenzen voor fysicochemische reiniging.

In het bestek BN130604 werd opgenomen dat van zodra in het bemonsterd pakket de teerhoeveelheid >25 % wordt ingeschat, de grond als teerafval beschouwd wordt. Analytisch kan dit gestaafd worden aan de hand van teergerelateerde componenten zoals onder andere minerale olie, naftaleen en benzeen. Uit het bestek en de bij het bestek toegevoegde analyse-resultaten blijkt duidelijk de aanwezigheid van ‘teerafval’. Gezien de aanwezigheid van dergelijk teerafval valt het te verwachten dat er gronden gereinigd dienen te worden met concentraties tussen 5 en 25 % aan teer (concentraties van teergerelateerde componenten tussen 50.000 mg/kg en 250.000 mg/kg). De aanwezigheid van deze gronden blijkt ook duidelijk uit

de bij het bestek toegevoegde analysecertificaten. Uit bovenstaande blijkt duidelijk dat een deel van de te verwijderen partijen grond als ernstig verontreinigd moet bestempeld worden. Gronden die niet als teerafval werden beschouwd, dienen te worden getoetst aan de terugsaneerwaarden uit het bodemsaneringsproject van 15 december 2010 (terugsaneerwaarden in bijlage bij het bestek of in het bij de opdrachtgever op te vragen bodemsaneringsproject).

Gelet op de door de sector van de grondreinigers als richtinggevend aanvaarde grenswaarden voor fysicochemische grondreiniging;

Gezien deze grenswaarden lager liggen dan een deel van de concentraties van de bij het bestek toegevoegde analysecertificaten;

Gezien de THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge in haar offerte de firma BRZ Bodenreinigungszentrum Herne GmbH voorstelt als thermische bodemsaneringsinstallatie;

Gezien de THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge in haar prijsverantwoording enkel fysicochemische reiniging vooropstelt;

Gezien men uit de gegevens en randvoorwaarden opgenomen in het bestek met nummer BN130804 kan afleiden dat voor bepaalde partijen fysicochemische reiniging niet mogelijk zal zijn;

Gezien de THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge in haar prijsverantwoording niet aantoont dat alle gronden fysicochemisch zullen kunnen gereinigd worden;

kan de de door de THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge voorgestelde prijsopbouw niet aanvaard worden, gezien zij geen thermische grondreiniging voor een deel van de partijen in rekening brengt bij haar prijsopbouw voor de grondreinigingsprijs.

4.1.2 Prijszetting voor Transport (post 2.1)

Gezien de THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge in haar prijsmotivatie enkel transport per schip naar haar grondreinigingscentrum te Grimbergen opneemt;

Gezien op basis van de bij het bestek toegevoegde analyseresultaten van de te ontgraven gronden blijkt dat hogere concentraties en slibconcentraties voorkomen dan de door de grondreinigings-sector aanvaarde richtinggevende verwerkingsgrenzen voor fysicochemische reiniging;

Gezien de THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge dus minstens voor een deel van de partijen grond thermische grondreiniging in rekening moet brengen (argumentatie zie beoordeling prijszetting prijs grondreiniging (4.1.1)).

Gezien de afstand Zeebrugge-Grimbergen 93 km via de weg bedraagt

Gezien de THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge in haar offerte de firma BRZ Bodenreinigungszentrum Herne GmbH voorstelt als thermische grondreinigingsinstallatie;

Gezien de afstand Zeebrugge-Herne 313 km via de weg bedraagt;

Gezien het belangrijk verschil in transportafstand tussen de twee bestemmingen;

kan de de door de THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge voorgestelde prijsopbouw niet aanvaard worden, gezien de THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge geen transport naar de door haar

voorgestelde thermische grondreinigingsinstallatie in Duitsland (Herne) voor minstens een deel van de partijen in rekening brengt bij haar prijsopbouw voor het transport.

4.1.3 Conclusie

De door THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge voorgestelde prijsopbouw voor de posten 2.1 en 3.1 wordt niet aanvaard en de offerte wordt op financieel vlak als onregelmatig beoordeeld.

Gezien het belang van deze posten (16 % voor post 2.1 en 73 % voor post 3.1) is deze onregelmatigheid substantieel en leidt tot de absolute nietigheid van de offerte van THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge. De offerte van THV Sita Remediation B & D - Carcoke Zeebrugge wordt niet weerhouden”.

3.6 In het gunningsverslag wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partijen.

3.7. Op 16 december 2013 beslist de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partijen.

3.8 Bij brief van 20 december 2013 wordt deze beslissing, waarin de bestreden beslissing is vervat, betekend aan de verzoekende partijen.

IV. Tussenkoms

4. De verzoekende partijen tot tussenkoms blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. 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. Te dezen is evenwel de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens artikel 15, eerste lid, van de voornoemde wet van 17 juni 2013 is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 15, tweede lid, de verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

7. Onder het opschrift “Uiteenzetting van het enige middel” voeren de verzoekende partijen de schending aan “van artikel 24 van de Wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006; de schending van artikel 21 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011, schending van de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen alsook [...] de schending van het algemeen rechtsbeginsel vervat in het adagium ‘patere legem quam ipse fecisti’ en tot slot schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het materieel motiveringsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij betogen daartoe:

“Doordat verwerende partij concludeert dat verzoekende partij - door het niet in rekening nemen van alle analyseresultaten uit het bestek en het feit

dat op de site ‘teerafval’ voorkomt, voorbijgaat aan het feit dat mag verwacht worden dat een deel van de te verwijderen gronden die niet als ‘teerafval’ worden beschouwd als ernstig verontreinigd moeten bestempeld worden en waarvan mag verondersteld worden dat de analysesresultaten hoger zullen liggen dan de door ‘de door de sector van de grondreinigers als richtinggevend aanvaarde grenswaarden voor fysicochemische grondreiniging’, - een abnormale prijs aangeboden heeft, nu zij voor alle partijen andere dan teerafval slechts een fysico-chemische reiniging voorstelt;

Terwijl dat (1) het bestek voorziet in een vrije keuze van de grondreinigingstechnieken voor de af te voeren grond; (2) verzoekende partij wel degelijk en omstandig de keuze van de door haar voorgestelde reinigingstechniek heeft verantwoord en gestaafd, (3) het criterium op basis waarvan de integrale fysico-chemische reiniging wordt verworpen geen steun vindt, noch in de wet, noch in de bestekbepalingen;

Schendt verwerende partij artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen en de materiële motiveringsplicht aangezien het gunningsbesluit de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag mist op grond waarvan de prijsverantwoording van verzoekende partij niet wordt weerhouden;

En schendt zij artikel 21 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 en het patere legem-beginsel, aangezien de door verzoekende partij gegeven verantwoording tot het inzetten van de fysico-chemische reiniging wordt verworpen om redenen andere dan deze vermeld in artikel 21 § 3 en verwerende partij zich steunt op bepalingen die niet in bestek zijn voorzien; En schendt zij het zorgvuldigheidsbeginsel aangezien de bestreden beslissing ten onrechte ervan uitgaat dat verzoekende partij geen rekening zou hebben gehouden met alle analysesresultaten;

En schendt zij tevens het gelijkheidsbeginsel door de prijzen van verzoekende partijen af te wegen tegenover prijzen die door andere inschrijvers werden ingediend en die uitgaan van andere assumpties en reinigingstechnieken, zodat deze prijzen onderling niet vergelijkbaar zijn.

En wordt aldus artikel 24 van de Wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 geschonden doordat de opdracht niet wordt toegekend aan de laagste regelmatige inschrijver”.

De verzoekende partijen voegen aan deze uiteenzetting een betoog toe van vijftien bladzijden, met onder meer het volgende tekstfragment:

“Ten behoeve van uw raad heeft verzoekende partij het volledige fysico-chemische reinigingsproces in begrijpbare taal voor leken proberen neer te schrijven (zie reinigingsproces zoals weergegeven in stuk 9). Hetgeen daarbij in deze tekst in het vet is aangeduid is hetgeen verzoekende partij in haar performante installatie te Grimbergen extra kan doen ten

opzichte van de klassieke (standaard) fysico-chemische reinigingsinstallaties en waardoor verzoekende partij in staat is om de volledige partij te reinigen grond (90.000 ton) op fysico-chemische wijze te reinigen. Verzoekende partij heeft daarbij ten behoeve van uw raad ook info gestoken over de korrelgroottesamenstelling van de diverse grondsoorten. Hierdoor wordt de opsplitsing in wat men doorgaans stenen ($> 2\text{ mm}$), zand ($2\text{ mm}- 50\text{ }\mu\text{m}$), silt of leem ($50\mu\text{m}-2\mu\text{m}$) en tot slot klei ($<\mu\text{m}$) noemt immers veel duidelijker (de indeling is dus gebaseerd op korrelgrootte). Fundamenteel hierbij is dat verzoekende partij door toepassing van een lager afsnijpunt in de hydrocyclonage voor de scheiding van de zandfractie en de slibfractie uit de grond (nl. rond $32\text{ }\mu\text{m}$ i.p.v. $63\text{ }\mu\text{m}$) in staat is met 100 % zekerheid de totale residufractie te beperken tot ruim beneden de 40 % hetwelk als enige criterium geldt volgens de Codes van Goede Praktijk van OVAM (stuk 8 blz 12) om te reinigen door middel van fysicochemie (extractieve reiniging). Om verder voldoende garanties te bieden dat de bekomen zandfractie (die dus een relatief groter aandeel fijne fracties bevat (tussen $32\mu\text{m}$ en $63\text{ }\mu\text{m}$) in voldoende mate wordt opgeschoond i.h.k.v. hergebruik als secundaire grondstof, worden bijkomende scheidingstechnieken ingezet op het zand; waaronder spiralen die zeer kleine discreet aanwezige metaal- en kool-/teer-/PAK deeltjes efficiënt kunnen verwijderen uit het zand.”

Beoordeling

8. Alleen al uit hetgeen hiervoor uit het inleidend verzoekschrift is weergegeven lijkt te moeten worden vastgesteld dat de beoordeling van het enige middel klaarblijkelijk ook de voorafgaande kennisname en studie vereist van technische normen en procedés, waaromtrent de partijen discussie voeren. De verzoekende partijen betogen aldus in essentie dat zij in staat zijn om alle betrokken gronden die niet als teerafval zijn te beschouwen, fysico-chemisch te reinigen. De verwerende partij is daarentegen van oordeel dat met de door verzoekende partijen aangeboden fysico-chemische reiniging niet alle gronden die niet als teerafval zijn te beschouwen, zullen kunnen worden gereinigd, waardoor tevens thermische reiniging van gronden die niet als teerafval zijn te beschouwen, zal zijn vereist.

Zonder deskundige bijstand acht de Raad van State zich niet bij machte, laat staan *prima facie*, daartoe genoodzaakt in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de onderhavige, die discussie te beslechten. Het

middel leent zich dus niet om te worden beoordeeld in de huidige spoedprocedure, zodat evenmin zijn ernstig karakter kan worden vastgesteld.

9. Laat louter ten overvloede wil de Raad van State hier nog het mondeling advies van het auditoraat ter terechtzitting in herinnering brengen, waarin toch een aantal voorlopige beoordelingen werden verricht, ook al niet in het voordeel van de verzoekende partijen, luidend onder meer als volgt.

- - In een door de verzoekende partijen ter staving van hun middel voorgelegde “brochure fysicochemische reiniging” is het volgende te lezen:

“FYSICO-CHEMISCHE REINIGING

- Gronden vervuild met zware metalen, PAK’s, minerale oliën, ...
 - Performante vaste installatie met inzet van scrubber, jigs, hydrocyclonen en spiralen.
 - Toepassing on-site mogelijk (‘Mobiwash’).

THERMISCHE REINIGING

- Gronden zwaar vervuild met PAK’s, minerale olie, cyanides, PCB’s, ...
 - Thermische desorptie in performante vaste installaties.
 - Toepassing on-site (‘Mobitherm’).

Uit de door de verzoekende partijen zelf voorgelegde brochure blijkt dat fysico-chemische reiniging wordt verbonden aan gronden die “vervuild” zijn en thermische reiniging aan gronden die “zwaar vervuild” zijn.

In de offerte van de verzoekende partijen, onder de rubriek ‘Werkwijze uitvoering – planning’, wordt alvast uitdrukkelijk melding gemaakt van beide procedés:

“[...]

- Thermische behandeling van de gronden in de vergunde pyrolyse installatie van SITA Herne (D).

- F/C behandeling van grondpartijen met beperkte residufractie (max. 40%) in de vergunde installaties van SITA Remediation Grimbergen.

[...]

- Thermische behandeling van het teerafval in de vergunde installatie van SITA Herne (D), of verwerking van het teerafval in de vergunde installaties van Recyfuel te Engis tot vaste substitutiebrandstof (impregnatie van zaagsel) voor energetische valorisatie in de cementovens van de CBR-groep.

[...]”.

Hieruit lijkt dan ook te volgen dat de verzoekende partijen zélf de thermische reiniging niet uitsluitend hebben voorbehouden voor het teerafval.

De verzoekende partijen lijken in het verzoekschrift de vaststelling in de bestreden beslissing dat “een deel van de te verwijderen partijen grond als ernstig verontreinigd moet bestempeld worden” niet te betwisten, waardoor zij met de door hen aan de Raad van State bezorgde gegevens op het eerste gezicht niet lijken aan te tonen dat de verwerende partij zich heeft vergist bij haar beoordeling dat met de door de verzoekende partijen aangeboden fysico-chemische reiniging niet alle gronden die niet als teerafval zijn te beschouwen, zullen kunnen worden gereinigd. Dit oordeel lijkt te worden ondersteund door het feit dat in de offerte van de verzoekende partijen de thermische reiniging niet uitsluitend lijkt te worden voorbehouden voor het teerafval, terwijl in de prijsverantwoording de verzoekende partijen wél stellen dat fysico-chemische reiniging mogelijk is voor alle gronden die niet als teerafval zijn te beschouwen.

Hierdoor lijkt ook de kritiek op de verwijzing in de bestreden beslissing naar “de door de grondreinigingssector aanvaarde richtinggevende verwerkingsgrenzen voor fysicochemische reiniging” op het eerste gezicht niet te kunnen worden bijgevalen. De verzoekende partijen – gespecialiseerde grondreinigers – maken blijkbaar zelf een onderscheid tussen procedés voor gronden die “vervuild” zijn en gronden die “zwaar vervuild” (of nog: ernstig verontreinigd) zijn, wat ook lijkt te volgen uit de omschrijving in de rubriek “Werkwijze uitvoering – planning” in de offerte van de verzoekende partijen, waardoor op het eerste gezicht kan worden aangenomen dat zij op de hoogte zijn van de grenswaarden terzake. Zoals opgenomen in die rubriek, zal de Sita-installatie te Herne moeten worden gebruikt indien niet alle gronden, die niet als teerafval zijn te beschouwen, fysico-chemisch kunnen worden gereinigd. In hun prijsopbouw hebben zij hiermee echter geen rekening gehouden.

- De verzoekende partijen lijken dan ook niet met de vereiste *prima facie* ernst aan te tonen dat de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen heeft geschonden door de prijsverantwoording van de verzoekende partijen voor de posten 3.1 en 2.1 niet te aanvaarden en die offerte dus als onregelmatig te beschouwen. Dat het risico voor een correcte reiniging bij de inschrijver ligt, lijkt aan die vaststelling geen afbreuk te doen.

VI. Besluit

10. Het ernstig karakter van het enige middel is niet aangetoond. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De verzoeken van de nv Deme Environmental Contractors, de nv Envisan, de nv Mourik, de nv Aclagro en de bv Afvalstoffen Terminal Moerdijk tot tussenkomst in het administratief kort geding worden ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt 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 tussenkommende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op 625 euro, elk voor een vijfde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 4 februari 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest