RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 226.320 van 4 februari 2014
in de zaak A. 211.224/XII-7545

In zake: de NV B.S.V.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Claude Van Marcke
kantoor houdend te 8570 Anzegem
Kerkstraat 1
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

Tussenkomende 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
advocaat Carlos De Wolf
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 16 december 2013 van OVAM waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van diensten 'Verwijdering en verwerking van gronden die zijn vrijgekomen bij de sanering van het Zijdelings Vaartje' (BN130604), aan de tijdelijke handelsvennootschap DEMAA wordt gegund voor een bedrag van 3.964.900 euro (excl. BTW) en de impliciete beslissing van de aanbestedende overheid om de opdracht niet aan N.V. B.S.V. te gunnen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota 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.

Advocaten Claude Van Marcke en Mathy Depuydt, die verschijnen 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 carcoke-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 Carcoke-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 klasses. 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.
In 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 voorwaarden om in te schrijven worden in de definitieve versie van het bestek als volgt omschreven:

"1.5.1 Algemene bepalingen
De inschrijver moet aan minstens één van de volgende drie voorwaarden voldoen:
- de inschrijver is een Tijdelijke Handelsvereniging (THV) van één of meerdere aannemers (categorie G klasse 3 of hoger) en één of meerdere grondreiningscentra.
- de inschrijver is zowel een aannemer (categorie G klasse 3 of hoger) als een grondreinigingscentrum.
- de inschrijver is een grondreinigingscentrum met één of meerdere aannemers (categorie G klasse 3 of hoger) in onderaanneming.
De verwerking van het teerafval (omschrijving onder 2.2 van dit bestek) kan eventueel in onderaanneming gebeuren.
De thermische reiniging van gronden kan eventueel in onderaanneming gebeuren.
Grondreinigingscentra worden gedefinieerd als bedrijven die vergund zijn voor de reiniging van verontreinigde uitgegraven bodem volgens de wetgeving van het land waarin de reiniging gebeurt".

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

De verwerende partij vraagt een prijsverantwoording aan de thv Sita Remediation B&D en aan de tussenkomende partijen, die zij vervolgens geven.

3.6. In het gunningsverslag van 27 november 2013 worden die prijsverantwoordingen als volgt geëvalueerd:

> "Prijszetting 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 grondreinigingssector 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 analyseresultaten 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".

4.2 Evaluatie prijsverantwoording THV DEMAA
4.2.1 Prijszetting voor grondreiniging (post 3.1)
In haar prijsverantwoording geeft THV DEMAA een duidelijke opbouw van hoe zij tot haar eenheidsprijs komt. Zij verdeelt de te reinigen gronden in verschillende fracties:
- een fractie die biologisch kan gereinigd worden (15 %). THV DEMAA verduidelijkt over welke fractie het gaat en toont aan de hand van specifieke analyses aan dat deze fractie voldoet aan de acceptatiecriteria voor biologische grondreiniging.
- een fractie die fysicochemisch kan gereinigd worden (20 %): THV DEMAA verduidelijkt over welke fractie het gaat en toont aan de hand van specifieke analyses aan dat deze fractie voldoet aan de acceptatiecriteria voor fysicochemische reiniging van het grondreinigingscentrum waar de gronden naar te zullen worden getransporteerd. Daarenboven werden wastesten uitgevoerd waaruit duidelijk blijkt dat deze fractie fysicochemisch kan gereinigd worden.
- een fractie die thermisch gereinigd zal moeten worden (65 %)
Op basis van de concentraties in de bij het bestek toegevoegde analysecertificaten en de standaardacceptatiecriteria voor grondreiniging wordt de verdeling in deze verschillende fracties aanvaard. Alle reinigingstechnieken worden geduid aan de hand van offertes. De OVAM kan de prijsverantwoording aanvaarden.
4.2.2 Prijszetting voor transport (post 2.1)
In haar prijsverantwoording geeft THV DEMAA een duidelijke opbouw van hoe zij tot haar eenheidsprijs komt. In haar berekening gaat ze er vanuit dat een deel van de gronden naar haar eigen thermische verwerkingsinstallatie wordt getransporteerd en een deel naar het grondreinigingscentra van Zeebrugge en Kallo. De transportkosten zijn duidelijk gestaafd aan de hand van offertes. De OVAM kan de prijsverantwoording aanvaarden.
4.2.3 Conclusie
Uit dit onderzoek is gebleken dat de eenheidsprijzen uit de offerte van THV DEMAA niet abnormaal zijn. Bijgevolg beoordelen wij de inschrijving als regelmatig.
De inschrijving van THV DEMAA wordt weerhouden".

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 partij.

IV. Tussenkomst

4. De verzoekende partijen tot tussenkomst 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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan "van artikel 24 van de wet dd. 15.06.2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en van artikel 21 en 99 §1 van het Koninklijk besluit dd. 15.07.2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren".

De verzoekende partij betoogt daartoe onder meer dat de verwerende partij terecht de offerte van de thv Sita Remediation B&D – Carcoke Zeebrugge als onregelmatig heeft beschouwd, omdat in die offerte geen prijs in rekening werd gebracht voor thermische grondreiniging maar enkel voor fysico-chemische reiniging waarbij niet wordt aangetoond dat alle grond fysico-chemisch kan worden gereinigd.

De verwerende partij bouwde aldus een redenering op dat de prijsopbouw in de offertes van de inschrijvers in overeenstemming diende te zijn met en realistisch diende te zijn rekening houdende met de analyseresultaten van de gestockeerde gronden en van de uitgevoerde sonderingen. Bij de beoordeling van de prijsverantwoording van de tussenkomende partijen wordt deze redenering echter niet consequent doorgevoerd. De tussenkomende partijen stellen in hun prijsverantwoording dat 15 % van de verontreinigde grond biologisch, 20 % fysico-chemisch en 65 % thermisch kan worden gereinigd, wat door de verwerende

partij snel en met een korte en foutieve motivering werd aanvaard. Uit de samenvattende tabel met analyseresultaten van de verontreinigde grond blijkt echter dat geen enkele analyse voldoet aan de acceptatiecriteria voor biologische reiniging, ondanks het feit dat er ook rekening werd gehouden met analyses die net wel voldoen aan de terugsaneerwaarden en, zoals aangegeven in het bestek, er ook rekening mee wordt gehouden dat de selectieve ontgraving niet perfect kan verlopen volgens de analyseresultaten. Ten aanzien van de codes van goede praktijk grondreinigingscentra, waarvan wordt aangenomen dat deze als standaardacceptatiecriteria kunnen worden beschouwd, is het dus onmogelijk om uit te gaan van 15 % biologische reiniging, waardoor deze verwerkingstechniek niet mocht worden aanvaard. De schatting door tussenkomende partijen van 20 % fysico-chemisch te reinigen fractie kan wel worden gevolgd.

Vervolgens dient te worden opgemerkt dat in een aantal stalen die niet in aanmerking komen voor biologische en fysico-chemische reiniging, er ook overschrijdingen zijn met betrekking tot de zware metalen en in één uitzonderlijk geval ook voor de parameter organisch materiaal, waardoor het betrokken gronddeel niet in aanmerking komen voor thermische reiniging. Dit heeft tot gevolg dat er ook een gedeelte van de gronden als niet-reinigbaar dient te worden aangemerkt op grond van de standaardacceptatiecriteria voor thermische reiniging. De tussenkomende partijen voorzien in hun opdeling echter geen percentage voor niet-reinigbare gronden. Er moet dus worden vastgesteld dat de vooropgestelde indeling van de tussenkomende partijen niet strookt met de bij het bestek gevoegde analyseresultaten, minstens is de fractie biologische reiniging overschat en zullen bepaalde gronden als niet-reinigbaar moeten worden afgevoerd.

Door de tussenkomende partijen werd er bovendien geen opgave gedaan van de locatie waarnaar de niet-reinigbare gronden worden afgevoerd, ondanks het gegeven dat specifieke analyses werden gevoegd bij het bestek die aantonen dat dergelijke gronden vrijkomen. Daarenboven vraagt de verzoekende partij zich af hoe men kan motiveren dat de grond die in aanmerking komt voor biologische reiniging per schip zal worden afgevoerd, als gekend is dat het reinigingscentrum voor biologische reiniging waarvan de tussenkomende partijen gebruik zullen maken, op amper 100 meter in vogelvlucht is gelegen. Gezien het

bestek eist dat alle gronden per schip worden afgevoerd, mag de grond voor biologische reiniging niet per as naar het verwerkingscentrum van Zeebrugge worden gebracht. Het bestek laat geen enkele uitzondering toe, zelfs niet als dit binnen een bepaalde straal ten aanzien van de locatie gebeurt.

De verzoekende partij heeft bovendien wel een correcte verwerkingsmethodiek van de verontreinigde gronden opgesteld, zijnde 5 % bouwstof/biologie, 75 % thermisch en 20 % niet-reinigbaar. Ondanks het gegeven dat er geen analyses aanwezig zijn die aantonen dat er biologisch te reinigen gronden aanwezig zijn, wordt toch rekening gehouden met 5 % van de af te voeren gronden die mogelijks in aanmerking komen voor biologisch te reinigen gronden en/of gronden voor toepassing als bouwkundig bodemgebruik. Deze redenering gaat uit van de stelling opgenomen in het bestek dat een perfecte uitgraving nooit mogelijk is en er naar alle waarschijnlijkheid gronden zullen ontgraven worden die voldoen aan de terugsaneerwaarde. Om deze reden zal toch een weliswaar beperkte fractie in aanmerking komen voor biologische reiniging of bouwkundig bodemgebruik. De kans dat het om bouwkundig bodemgebruik zal gaan, is reëler dan biologisch te reinigen gronden, gezien het hier voornamelijk gaat om gronden verontreinigd met PAK's die niet biologisch te reinigen zijn.

Er wordt in de prijszetting van de verzoekende partij geen rekening gehouden met fysico-chemisch te reinigen gronden, enerzijds omwille van het gegeven dat het bestek vermeldt dat er gemiddeld een residugehalte van 50 % aanwezig is en de gronden dus als niet fysico-chemisch te reinigen te beschouwen vallen. Anderzijds tonen de analyseresultaten aan dat binnen de nog te ontgraven zone maar 12,5 % eventueel kan gereinigd worden via deze techniek.

Ten slotte beschikt de verzoekende partij niet zelf over een fysico-chemische reinigingsinstallatie. Vanuit economisch standpunt gezien ligt het kantelpunt bij de keuze voor fysico-chemisch dan wel thermische reiniging voor de verzoekende partij op 25 % residu, zodat het vanaf 25 % residu opportuun is voor haar om thermisch te gaan reinigen - verontreinigde gronden die fysico-chemisch kunnen worden gereinigd, kunnen tevens thermisch worden gereinigd, voor zover deze voor de parameter zware metalen voldoen aan de gestelde acceptatiecriteria-. Vanuit dit oogpunt heeft de verzoekende partij geen

fysico-chemische reiniging vooropgesteld. De 20 % verontreinigde gronden die als niet-reinigbaar worden beschouwd, wordt zuiver analytisch bekomen op basis van de aan het bestek gevoegde resultaten.

Beoordeling

8. Alleen al uit hetgeen hiervoor uit het inleidend verzoekschrift is weergegeven lijkt te moeten worden vastgesteld dat een beslissing over het ernstig karakter van het middel klaarblijkelijk inhoudt dat een beoordeling wordt gegeven van de samenstelling van de in de opdracht betrokken gronden, de mate van en soort vervuiling, en de mogelijkheid ze al dan niet te kunnen reinigen met bepaalde methodes, vraagpunten waaromtrent de partijen discussie lijken te voeren. De verzoekende partij betoogt aldus onder andere dat het niet mogelijk is om uit te gaan van 15 % biologische reiniging zoals voorgesteld door de tussenkomende partijen, terwijl de verwerende partij dit uitgangspunt wel aanvaardt. Tevens doet de verzoekende partij gelden dat 20 % van de gronden niet reinigbaar is.

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, mede omdat het is ontwikkeld als een niet nader gestructureerd betoog waarin feitelijke gegevens en juridische argumentaties worden vermengd, leent zich dus niet om te worden beoordeeld in de huidige spoedprocedure, zodat evenmin zijn ernstig karakter kan worden vastgesteld.

9. 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 van het middel werden verricht, ook al niet in het voordeel van de verzoekende partijen, en luidend onder meer als volgt.

> In de prijsverantwoording omschrijven de tussenkomende partijen de reden waarom bepaalde grondlagen in aanmerking komen voor biologische reiniging. Van de grondlagen die hiervoor in aanmerking komen, hebben zij stalen genomen die werden geanalyseerd door een laboratorium waarvan de resultaten werden gevoegd bij de prijsverantwoording. De tussenkomende

partijen komen uiteindelijk tot de conclusie dat 15 % van de gronden biologisch kan worden verwerkt. Tevens voegen zij bij de prijsverantwoording een offerte toe van de verwerker van die gronden.

De verzoekende partij poneert in het verzoekschrift, wat betreft het niet aanvaarden van de prijsverantwoording van de inschrijver thv Sita Remediation B&D – Carcoke Zeebrugge:

> "De aanbestedende overheid bouwde aldus een redenering op dat de prijsopbouw in de offertes van de inschrijvers in overeenstemming diende te zijn met en realistisch diende te zijn rekening houdende met de analyseresultaten van de gestockeerde gronden en van de uitgevoerde sonderingen […].
>
> Bij de beoordeling van de prijsverantwoording van de THV DEMAA wordt deze redenering niet consequent doorgevoerd.
>
> Dat ook THV DEMAA in haar prijsverantwoording de verontreinigde gronden opdeelt volgens de verwerkingsmethodiek en haar prijs op deze wijze verantwoordt […].
>
> De aanbestedende overheid meet evenwel met twee maten en gewichten in het voordeel van de THV DEMAA, nu op basis van de analyses die werden uitgevoerd en waarvan de resultaten als bijlage bij het bestek werden gevoegd, blijkt dat de vooropgestelde opdeling door aannemer THV DEMAA eveneens niet correct kan worden toegepast".

De vergelijking met het niet aanvaarden van de prijsverantwoording van de thv Sita Remediation B&D – Carcoke Zeebrugge lijkt op het eerste gezicht niet op te gaan, omdat uit de offerte van die inschrijver blijkt dat thermische reiniging niet uitsluitend werd voorbehouden voor teerafval, terwijl in diens prijsverantwoording plots fysico-chemische reiniging mogelijk werd geacht voor alle gronden die niet als teerafval zijn te beschouwen. De feitelijke gegevens met huidige zaak lijken dus volledig anders. Daarenboven lijkt op het eerste gezicht de verwerende partij het gebruik van eigen analyses niet uit te sluiten, wat ook volgt uit het bestek waarin uitdrukkelijk is bepaald dat de inschrijver vrij is om bijkomende informatie over de gronden te verzamelen. Het uitgangspunt waarop het middel is geënt, lijkt dan ook niet te kunnen worden aangenomen. Deze vaststelling lijkt nog te worden versterkt door het gegeven dat in het verzoekschrift eerst wordt beweerd dat er "geen enkele analyse voldoet aan de acceptatiecriteria voor biologische reiniging", hoewel de verzoekende partij zelf een percentage (5 %) biologische reiniging voorstelt. Dat het percentage voorgesteld door de tussenkomende partijen (15 %) "onmogelijk" of "overschat is", wordt door de verzoekende partij beweerd, maar zij lijkt dit op het eerste gezicht niet aan te tonen, tevens gelet op het feit dat zij de prijsverantwoording door de tussenkomende partijen voor post 3.1 ook bekritiseert omdat de niet te reinigen gronden niet in de prijsopbouw zitten terwijl op het eerste gezicht uit het bestek volgt dat dergelijke gronden niet zijn vervat in post 3.1 (maar wel in post 3.2 – verwerking teerafval). Het bestek bepaalt uitdrukkelijk: "In de inventaris wordt een onderscheid gemaakt tussen te reinigen gronden en teerafval".

De grief dat de biologisch te reinigen gronden door de tussenkomende partijen niet per schip zullen worden vervoerd, terwijl dit is vereist door het bestek, lijkt feitelijke grondslag te missen, omdat alle gronden per schip worden getransporteerd.

De verzoekende partij lijkt 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 prijsverantwoording van de verzoekende partij voor de posten 3.1 en 2.1 niet te aanvaarden en die offerte dus als onregelmatig te beschouwen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan "van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, en het gelijkheidsbeginsel".

De verzoekende partij betoogt dat de materiële motiveringsplicht is geschonden, omdat de redenering die werd toegepast om de offerte van de thv Sita Remediation B&D – Carcoke Zeebrugge te weren, niet werd toegepast in de beoordeling van de offerte en de prijsverantwoording van de tussenkomende partijen. Daar waar de offerte van de thv Sita Remediation B&D – Carcoke Zeebrugge wordt geweerd omwille van een foutieve prijsopbouw op grond van een foutieve verwerkingsmethodiek van de verontreinigde gronden, wordt de evenzeer foutieve vooropgestelde verwerkingsmethodiek van de tussenkomende partijen op grond van een al te korte en foutieve, niet draagkrachtige motivering toch aanvaard. De analyseresultaten gevoegd bij het bestek tonen aan de verwerking van 15 % van de gronden via de biologische reinigingsmethode niet mogelijk is. De analyseresultaten tonen verder aan dat de tussenkomende partijen ten onrechte geen prijs opgeven voor niet-reinigbare gronden en het transport ervan. Dergelijke beoordeling door de verwerende partij maakt tevens een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel uit. Ook is het duidelijk dat de verwerende partij bij de oorspronkelijke aankondiging van de opdracht en de opstelling van het bestek bepaalde aannemers, waaronder de tussenkomende partijen, wilde bevoordelen,

wat een schending van het gelijkheidsbeginsel uitmaakt. Daarnaast hanteert de verwerende partij een verschillende beoordelingswijze ten aanzien van de tussenkomende partijen en de thv Sita Remediation B&D – Carcoke Zeebrugge.

Beoordeling

11. Uit de beoordeling van het eerste middel in het hiervoor vermelde standpunt van het auditoraat lijkt te volgen dat de vergelijking inzake de beoordelingsmethode die de verzoekende partij tracht te maken niet opgaat, waardoor het uitgangspunt van het middel niet lijkt te kunnen worden aangenomen en het middel op dat punt niet ernstig is.

12. Aldus lijkt evenmin aangetoond dat de verwerende partij de gelijkheid tussen de inschrijvers heeft geschonden.

VI. Besluit

13. Van geen van beide middelen is het ernstig karakter 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 verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende 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**