

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.863 van 30 maart 2017
in de zaak A. 221.655/XII-8331**

In zake: de NV SHANKS BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OV INTERGEMEENTEELIJKE MAATSCHAPPIJ VOOR
OPENBARE GEZONDHEID IN ZUID-WESTVLAANDEREN
(IMOG)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ivan Lietaer
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Rooseveltplein 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Annelies Verlinden
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 maart 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit d.d. 21 februari 2017 van IMOG waarbij de overheidsopdracht bij wege van open aanbesteding voor de verwerking van residu’s uit de afvalverbrandingsoven van

IMOG voor perceel 1 (vliegassen elektrofilter) en perceel 2 (filterkoek) wordt gegund aan de nv Deme Environmental Contractors (DEC)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 16 maart 2017 heeft de nv Deme Environmental Contractors gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 maart 2017, om 14.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Benoit Forêt, die *loco* advocaat Philippe Van Wesemael verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Ivan Lietaer, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Annelies Verlinden en Matthias Stinissen, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd 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 overheidsopdracht van diensten uit met als voorwerp “Verwerking van residu’s uit de afvalverbrandingsoven van IMOG Harelbeke”.

De opdracht is opgedeeld in vier percelen: perceel 1 “Vliegasse electro filter”, perceel 2 “Filterkoek”, perceel 3 “Sorbaliet uit mouwenfilter” en perceel 4 “Aktief kool uit waterzuivering (na fysico-chemië)”. De totale geraamde waarde is 342.235,00 euro, btw niet inbegrepen of 414.104,35 euro, btw inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie.

De gunningswijze is de open aanbesteding en het bijzonder bestek 2016/020 is van toepassing.

De huidige betwisting betreft percelen 1 en 2.

3.2. De opdracht is tegen prijslijst. Voor de percelen 1 tot en met 3 zijn er twee verplichte opties, namelijk “transport door Imog” en “transport door aannemer”.

Voorts wordt er in het bestek wat “Toegangsrecht en kwalitatieve selectie” betreft, het volgende bepaald:

“Technische bekwaamheid van de inschrijver (kwalitatieve selectie)
Een lijst van de voornaamste diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek-of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. De diensten worden aangetoond door attesten die de bevoegde autoriteit afgeeft of medeondertekent of in het geval van diensten voor een particuliere afnemer, door attesten van de afnemer of, bij ontstentenis, eenvoudigweg door een verklaring van de dienstverlener.”

Deze technische bekwaamheidsvereiste is ook opgenomen in de aankondiging.

3.3. De offertes worden geopend op 5 december 2016. De verzoekende partij en de tussenkomende partij dienen elk een offerte in, de verzoekende partij voor de 4 percelen en de tussenkomende partij voor de percelen 1 en 2.

3.4. In het eerste verslag van nazicht van 14 december 2016 worden de beide inschrijvers geselecteerd en beide offertes kortweg “als regelmatig beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn”.

Bij de “Vergelijking van de offertes en voorstel tot gunning” is de volgende “rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens prijs incl. btw)” opgenomen:

“

Nr.	Naam	Prijs incl. btw
Perceel 1 (Vliegasse electro filter)		
1	DEME Environmental Contractors nv – imog transport	€ 263.086,14
2	DEME Environmental Contractors nv – eigen transport	€ 274.137,60
3	Shanks Belgium nv – imog transport	€ 353.907,00
4	Shanks Belgium nv – eigen transport	€ 385.070,40
Perceel 2 (Filterkoek)		
1	DEME Environmental Contractors nv – imog transport	€ 3.969,41
2	DEME Environmental Contractors nv – eigen transport	€ 4.363,26
3	Shanks Belgium nv – imog transport	€ 8.062,59
4	Shanks Belgium nv – eigen transport	€ 9.621,92
Perceel 3 (Sorbalië uit mouwenfilter)		
1	Shanks Belgium nv – imog transport	€ 8.056,57
2	Shanks Belgium nv – eigen transport	€ 10.004,28
Perceel 4 (Aktief kool uit waterzuivering (na fysico-chemie))		
1	Shanks Belgium nv	€ 6.996,22

”

3.5. Op 20 december 2016 beslist de verwerende partij het verslag van nazicht goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij voor de percelen 1 en 2 en aan de verzoekende partij voor de percelen 3 en 4. Voor de percelen 1, 2 en 3 wordt telkens optie 1 “Imog transport” aangewezen.

3.6. De verzoekende partij dient op 3 januari 2017 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 20 december 2016 wat de percelen 1 en 2 betreft.

Bij arrest nr. 237.127 van 24 januari 2017 beveelt de Raad van State de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van deze beslissing van 20 december 2016 wat de percelen 1 en 2 betreft, in essentie omdat uit het administratief dossier niet blijkt dat de aanbestedende overheid concreet een onderzoek van de geboden prijzen heeft verricht.

3.7. Op 17 februari 2017 wordt een nieuw verslag van nazicht opgesteld voor de percelen 1 en 2.

Dit verslag bevat thans de volgende raming voor perceel 1:

“

Post	Omschrijving	Type	EH	HV	EHP	Totaal
1	Vliegasse elektro filter	VH	ton	1920	€ 155,00	€ 297.600,00
2	[Verplichte optie] Interne kost Imog voor transport (... km (heen en terug Harelbeke) x 1.2 euro/km + ... euro km heffing)	VH	st	96	€ 100,00	€ 9.600,00
3	[Verplichte optie] Vervoer door aannemer (prijs/container) (+ 10 ton/container)	VH	st	192	€ 100,00	€ 19.200,00
Totaal excl. btw :						€ 326.400,00
Btw 21 % :						€ 68.544,00
Totaal incl. btw :						€ 394.944,00

”

En voor perceel 2:

“

Post	Omschrijving	Type	EH	HV	EHP	Totaal
1	Filterkoek	VH	ton	71	€ 75,00	€ 5.325,00
2	[Verplichte optie] Interne kost Imog voor transport (... km (heen en terug Harelbeke) x 1.2 euro/km + ... euro km heffing)	VH	st	7	€ 100,00	€ 700,00
3	[Verplichte optie] Vervoer door aannemer (prijs/container) (+ 10 ton/container)	VH	st	7	€ 100,00	€ 700,00
Totaal excl. btw :						€ 6.725,00
Btw 21 % :						€ 1.412,25
Totaal incl. btw :						€ 8.137,25

”

Alle inschrijvers worden geselecteerd en hun offertes worden “als regelmatig beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn” na het volgende “Nazicht abnormale eenheidsprijzen”:

“Perceel 1 :

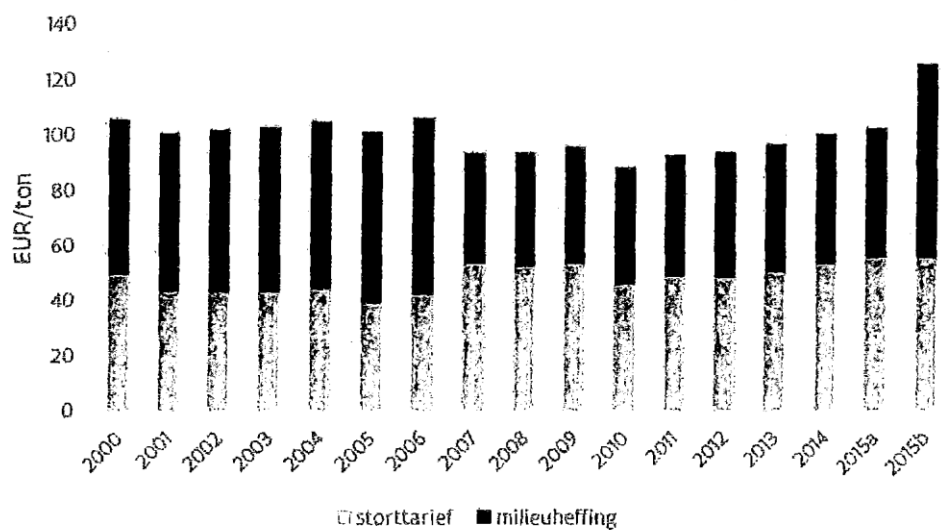
Perceel 1 (Vliegasse electro filter)						
Nr.	Beschrijving	Raming	1. DEME	2. DEME	3. Shanks	4. Shanks
1	Vliegasse elektro filter (HV : 1920)	€ 155,00	€ 100,00	€ 100,00	€ 149,00	€ 149,00
2	[Verplichte optie] Interne kost Imog voor transport (HV : 96)	€ 100,00	€ 264,86 (Zwijndrecht)	NVT	€ 66,72 (Roeselare)	NVT
3	[Verplichte optie] Vervoer door aannemer (prijs/container) (HV : 192)	€ 100,00	NVT	€ 180,00	NVT	€ 167,50

Naar aanleiding van het grote prijsverschil tussen beide offertes werden alle 8 Vlaamse verbrandingsinstallaties gecontacteerd. Er werd gepolst (met de garantie om de gegevens vertrouwelijk te behandelen) naar hun verwerkingsprijs van vliegasse. De zes installaties met vergelijkbare afvalstroom (vliegasse uit elektro-filter) bezorgden in de loop van februari 2017 hun kostprijzen. Het gemiddelde van deze prijzen is 123 euro (waarvan 1 prijs inclusief transport is, andere 5 exclusief transport). De prijzen variëren tussen 95 en 145 euro/ton (excl btw en voor wat 5 van de 6 ook exclusief transport). De prijs van DEC is dan ook niet abnormaal laag maar prijs van Shanks ligt evenwel hoger dan de marktprijzen.

Gezien de vliegasse na immobilisatie ook wordt gestort op een stortplaats van categorie 1 kunnen de grote prijsverschillen in de wijze van tarifiering van deze storkosten eveneens een verklaring zijn voor de verschillen in de aangeboden prijzen. Omtrent de prijsverschillen in de storkosten wordt verwezen naar hetgeen hieronder wordt vermeld omtrent het perceel nr. 2. Het bestuur beschouwt de prijs van DEC als marktconform.

Perceel 2 (Filterkoek)						
Nr.	Beschrijving	Raming	1. DEME	2. DEME	3. Shanks	4. Shanks
1	Filterkoek (HV : 71)	€ 75,00	€ 36,00	€ 36,00	€ 77,00	€ 77,00
2	[Verplichte optie] Interne kost Imog voor transport	€ 100,00	€ 103,50 (Kortemark)	NVT	€ 170,90 (Gent)	NVT
3	[Verplichte optie] Vervoer door aannemer (prijs/container) (HV : 7)	€ 100,00	NVT	€ 150,00	NVT	€ 355,00

Ook hier is een groot prijsverschil tussen beide offertes. Gezien dit een heel uniek afvalproduct is (geen enkele van andere Vlaamse verbrandingsinstallatie heeft dit afvalproduct omdat Imog als enige gebruik[...] maakt een natte rookgaswassing) kan hiervoor moeilijk een marktonderzoek naar conforme prijs uitgevoerd worden. De aangeboden prijzen werden wel afgetoetst met de gegevens die de OVAM jaarlijks opvolgt en bekend maakt op <http://www.ovam.be/tarieven-en-capaciteiten-voor-storten-en-verbranden> (‘Tarieven en capaciteiten voor storten en verbranden 2015’).



Figuur 5: Tariefevolutie van de gewogen gemiddelde stortprijs op een categorie 1-stortplaats.

Het gewogen gemiddeld storttarief, exclusief milieuheffingen en gemeentelijke opcentiemen, bedraagt 55,15 EUR/ton in 2015. Dit gemiddeld tarief wordt vermeerderd door de milieuheffing die in 2015 46,56 EUR/ton bedroeg voor niet-brandbare afvalstoffen (vanaf juli 2015 is deze heffing 69,83 EUR/ton).

Voor filterkoek uit de verbrandingsinstallatie dient geen milieuheffing betaald te worden (reeds betaald bij aanvoer aan verbrandingsoven, non bis idem-principe).

Op vraag van IMOG bevestigde de OVAM dat op de stortplaatsen van categorie 1 er grote verschillen bestaan in de wijze van tarifiëring tussen de verschillende inrichtingen, en ook afhankelijk van de aangeboden afvalstof. Volgens de OVAM variëren de prijsverschillen voor het storten van eenzelfde afvalstof in een stortplaats van ongeveer 30 € tot ongeveer 150 € per ton, en bedraagt in 2015 het gewogen gemiddeld storttarief exclusief milieuheffingen en gemeentelijke opcentiemen 55,15 € per ton. De aangeboden prijzen wijken evenveel naar boven als naar beneden af t.o.v. dit gewogen gemiddelde storttarief.

Het bestuur beschouwt de aangeboden prijs van DEC niet als abnormaal laag.

Besluit van het formeel en materieel nazicht van de offertes

Alle offertes worden door het bestuur als regelmatig beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn.”

Bij de “Vergelijking van de offertes en voorstel tot gunning” is de volgende “Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens prijs incl. btw)” opgenomen:

“

Nr.	Naam	Prijs incl. btw
Perceel 1 (Vliegasse electro filter)		
1	DEME Environmental Contractors nv – imog Transport	€ 263.086,14
2	DEME Environmental Contractors nv – eigen transport	€ 274.137,60
3	Shanks Belgium nv – imog transport	€ 353.907,00
4	Shanks Belgium nv – eigen transport	€ 385.070,40
Perceel 2 (Filterkoek)		
1	DEME Environmental Contractors nv – imog transport	€ 3.969,41
2	DEME Environmental Contractors nv – eigen Transport	€ 4.363,26
3	Shanks Belgium nv – imog transport	€ 8.062,59
4	Shanks Belgium nv – eigen transport	€ 9.621,92

”

en wordt er voorgesteld de opdracht voor perceel 1 en 2 te gunnen aan de tussenkomende partij, telkens met de optie “Imog Transport”.

3.8. Op 21 februari 2017 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij dat “[d]e beslissingen van 20 december 2016 van de raad van bestuur van IMOG, waarbij goedkeuring werd verleend aan het verslag van nazicht van de offertes voor de opdracht ‘verwerking van residu’s uit de afvalverbrandingsoven van IMOG Harelbeke’ en waarbij deze opdracht wordt gegund aan de nv Deme environmental contractors, worden ingetrokken, en dit telkens en enkel alleen wat de percelen nrs. 1 en 2 van deze opdracht betreft”, dat het verslag van nazicht van 17 februari 2017 voor de percelen 1 en 2 wordt goedgekeurd en dat deze percelen worden gegund aan de tussenkomende partij.

IV. Tussenkomst

4. De nv Deme Environmental Contractors blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook 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.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 21, § 1, en 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing
‡DADRLBBCH-BCJAIBV‡

overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen', van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de verwerende partij een uiterst gebrekkig onderzoek verricht heeft naar de (ab)normaliteit van de aangeboden prijzen voor perceel 1 en perceel 2,

Terwijl iedere aanbestedende overheid alle offertes van de inschrijvers moet onderwerpen aan een prijsonderzoek, waarbij de aangeboden prijzen vergeleken worden met de courante, vergelijkbare marktprijzen voor dezelfde dienstverlening,

En terwijl de aanbestedende overheid tevens moet motiveren waarom zij van oordeel is dat de opgegeven prijzen al dan niet als normaal kunnen worden beschouwd.”

In haar toelichting betoogt de verzoekende partij in essentie dat wat de prijzen voor de percelen 1 en 2 met de twee opties betreft de prijzen van de tussenkomende partij slechts 74,40% (perceel 1, IMOG transport), 71,19% (perceel 1, eigen transport), 49,23% (perceel 2, IMOG transport) en 45,35% (perceel 2, eigen transport) bedragen van haar prijzen; de prijsverschillen tussen de offertes liggen voor perceel 1 aldus tussen 25 à 30% en voor perceel 2 bedragen ze zelfs meer dan 50%.

Zij vervolgt dat voor een dergelijke technische en gespecialiseerde opdracht het volgens haar verdacht is dat de prijzen die twee inschrijvers opgeven op een dergelijke manier van elkaar afwijken en dat van een zorgvuldige aanbestedende overheid geplaatst in dezelfde omstandigheden in een dergelijke situatie mag worden verwacht dat zij zich kritisch opstelt en een prijsonderzoek uitvoert overeenkomstig artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing. Zij meent dat te dezen geen dergelijk zorgvuldig onderzoek is gebeurd.

Wat het prijsonderzoek voor perceel 1 betreft, merkt zij op dat de verwerende partij de geboden prijzen heeft vergeleken met de verwerkingsprijzen bij zes Vlaamse afvalverbrandingsovens die eveneens vliegassen uit elektrofilters verwerken doch dat zij hierbij geen rekening heeft gehouden met het feit dat er twee verschillende methodes voor de afname van de vliegassen bestaan, namelijk een methode met containers en een methode met specifieke gesloten vrachtwagens. Aangezien de eerste methode een bijkomende processtep vereist, heeft dit volgens haar een impact op de prijs. Het bestek legt de eerste methode op. Het is dus essentieel wanneer prijzen vergeleken worden, dat de methode mee in rekening wordt gebracht en er dus enkel vergeleken wordt met prijzen gegrond op deze methode.

In het Vlaamse Gewest, zo vervolgt de verzoekende partij, zijn er slechts vijf ovens die de eerste methode toepassen; slechts met die mag worden vergeleken. Te dezen heeft de verwerende partij echter vergeleken met de prijzen van zes ovens wat “impliceert dat minstens één van de gebruikte verwerkingsprijzen niet gebaseerd is op de afvoer volgens het eerste procedé en bijgevolg niet representatief is”. “Een deel van de prijzen dat betrokken werd in het prijsonderzoek was dus niet representatief”.

Wat het prijsonderzoek voor perceel 2 betreft, wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij en de OVAM erkennen dat “de tarieven enorm verschillen per stortplaats én per aangeboden afvalstof”. “Het is dan ook maar de vraag in welk opzicht de statistieken van de OVAM betreffende de gemiddelde stortprijs op een dergelijke stortplaats relevant zijn in het kader van het prijsonderzoek *in casu*”.

Voorts wijst zij op het verschil tussen de prijs van de raming – 75 euro per ton – en die van de tussenkomenende partij – 36 euro per ton. “In die optiek had verwerende partij des te zorgvuldiger moeten onderzoeken in hoeverre de prijs van DEC wel marktconform is”.

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 21, § 1, en artikel 95, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit Plaatsing onderwerpt de aanbestedende overheid de offertes aan een prijsonderzoek en gaat zij de materiële regelmatigheid ervan na.

De aanbestedende overheid beschikt hier bij het al dan niet opstarten van de procedure van blijkbaar abnormale prijzen over een ruime discretionaire bevoegdheid. De Raad van State mag zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats van die overheid stellen, doch mag desgevraagd wel nagaan onder meer of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven. Indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing niet vereist. Er is wel een plicht voor een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van de regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. De 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.

8. Alhoewel een aanbestedende overheid niet specifiek haar beslissing lijkt te moeten motiveren wanneer zij een voorgestelde prijs niet abnormaal acht, lijkt dit niet te beletten dat alsdan in beginsel uit het administratief dossier moet blijken dat de aanbestedende overheid concreet een onderzoek van de prijzen heeft verricht.

Te dezen blijkt uit het verslag van nazicht van 17 februari 2017, dat integraal deel lijkt uit te maken van de bestreden beslissing, dat dergelijk onderzoek is verricht.

9. De vraag die hier aan de orde lijkt te zijn, is of het gevoerde onderzoek deugdelijk is en de verwerende partij mocht oordelen dat de prijzen niet abnormaal zijn.

10. Inzake perceel 1 blijkt uit het dossier dat de verwerende partij de exploitanten van acht andere verbrandingsinstallaties voor huishoudelijk afval in het Vlaamse gewest heeft gevraagd naar de prijs die zij thans betalen voor de verwerking van vliegassen. Uit de antwoorden van zes van die acht exploitanten blijkt dat de prijs gemiddeld 123 euro per ton is, met een laagste prijs van 95 en een hoogste prijs van 145 euro per ton.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij in dat licht niet redelijkerwijze van oordeel mocht zijn dat de door de tussenkommende partij aangeboden prijs van 100 euro per ton niet abnormaal laag was, maar de door de verzoekende partij aangeboden prijs van 149 euro per ton hoger is dan de marktprijzen.

De verzoekende partij beweert in het verzoekschrift concreet enkel dat er in Vlaanderen slechts vijf afvalverbrandingsovens bestaan waarbij de verwerking van vliegassen volgens de verwerkingmethode bepaald in het bestek gebeurt zodat minstens één van de zes door de verwerende partij gebruikte prijzen niet gebaseerd is op de afvoer volgens dit procedé en bijgevolg niet representatief is.

De verzoekende partij toont hier echter niet concreet aan op welke wijze het gebruik van het één of het andere procedé – containers of gesloten vrachtwagens – leidt tot betekenisvolle verschillen in de verwerkingsprijs van de vliegassen. Dit alleen reeds volstaat om haar kritiek als niet ernstig te beoordelen.

In ieder geval blijkt uit het administratief dossier dat de gemiddelde prijs voor vijf van de zes afvalverbrandingsinstallaties, zonder blijkbaar rekening te houden dus met de verbrandingsoven met een andere methode, 125,31 euro per ton bedraagt. Het weglaten van die ene prijs toont *prima facie* niet aan dat het prijsonderzoek in zijn geheel onvoldoende is, laat staan

“volstrekt gebrekkig” of “onmogelijk representatief” en ook niet dat ten onrechte werd geoordeeld dat de prijs van de tussenkomende partij niet schijnbaar abnormaal is.

11. Inzake perceel 2 uit de verzoekende partij geen “kritiek” op de overweging in het gunningsverslag dat het gaat om een uniek afvalproduct, gezien de verwerende partij als enige in Vlaanderen gebruikmaakt van natte rookgaswassing, en er dus geen prijzen omtrent de “filterkoek” konden worden opgevraagd bij de exploitanten van de acht andere afvalverbrandingsinstallaties in Vlaanderen.

In dat licht wordt niet op het eerste gezicht aangetoond dat de verwerende partij niet mocht steunen op de door de OVAM in een recente publicatie opgegeven gemiddelde storttarieven in 2015 voor afvalstoffen op een stortplaats van categorie 1, namelijk 55,15 euro per ton exclusief milieuheffingen en gemeentelijke opcentiemen, en de verklaring van de OVAM dat de prijsverschillen voor het storten van een zelfde afvalstof in een stortplaats variëren van ongeveer 30 euro tot ongeveer 150 euro per ton.

Aangezien de verwerende partij samen met de OVAM erkent dat de tarieven enorm verschillen per stortplaats en per aangeboden afvalstof, is het volgens de verzoekende partij echter “dan ook maar de vraag in welk opzicht de statistieken van OVAM betreffende de gemiddelde stortprijs op een dergelijke stortplaats relevant zijn in het kader van het prijsonderzoek *in casu*”.

Dergelijk in vraagvorm geformuleerde grief is niet ontvankelijk of heeft ten minste niet de vereiste ernst om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard. In ieder geval wordt hiermee niet aangetoond dat de verwerende partij deze prijs ten onrechte niet als schijnbaar abnormaal beoordeelde. Voor zover de verzoekende partij betoogt dat een prijsonderzoek “beoogt een beeld te geven van de gangbare marktprijzen voor dienstverlening waarop de opdracht betrekking heeft, en [...] dus noodzakelijkerwijze [dient] te vertrekken vanuit een vergelijkbare dienstverlening”, gaat zij eraan voorbij dat volgens de bestreden beslissing deze er blijkbaar niet is en de verzoekende partij toont niet concreet het tegendeel aan.

‡DADRLBBCH-BCJAIBV‡

De grief dat de door de tussenkomende partij aangeboden prijs van 36,00 euro per ton ruimschoots onder de raming ligt en dat de verwerende partij daarom des te zorgvuldiger had moeten onderzoeken in hoeverre de prijs van de tussenkomende partij wel marktconform is, gaat voorbij aan de eerdere vaststellingen; deze raming steunde volgens de nota ook enkel op de prijs die de verwerende partij hiervoor aan de verzoekende partij betaalde.

12. Aldus is niet aangetoond dat de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen zijn geschonden bij het gevoerde prijsonderzoek. Evenmin is aangetoond dat de formelemotiveringsplicht is geschonden; de verzoekende partij was in staat op grond van de bestreden beslissing en het ervan deel uitmakende gunningsverslag terdege te oordelen of het zin had zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt, wat zij overigens heeft gedaan.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 58, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing, van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en van het gelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij betoogt dat dit het geval is:

“Doordat de verwerende partij de DEC geselecteerd heeft voor onderhavige overheidsopdracht, Terwijl blijkt dat DEC niet over de vereiste technische bekwaamheid beschikt om deel te nemen aan onderhavige overheidsopdracht bij gebreke aan milieuvergunning voor de verwerking van vliegassen.”

In haar toelichting bij het middel merkt de verzoekende partij op dat er een milieuvergunning vereist is voor de immobilisatie van de vliegassen die vervolgens moeten worden gestort op een vergunde stortplaats. Volgens de verzoekende partij beschikt de tussenkomenende partij niet over de vereiste milieuvergunning voor de immobilisatie van vliegassen, wat blijkt uit haar milieuvergunning en wat wordt bevestigd in een brief van de afdeling Milieuvergunningen van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie van de Vlaamse overheid.

Het bestek vereist dat de technische bekwaamheid wordt aangetoond door het opgeven van referenties van vergelijkbare opdrachten. “DEC kan haar technische bekwaamheid onmogelijk aangetoond hebben via het verstrekken van referenties inzake gelijkwaardige opdrachten wanneer zij niet eens over de vereiste milieuvergunning beschikt om vliegassen te verwerken op haar site”. De verwerende partij heeft deze bekwaamheid dan ook onmogelijk kunnen beoordelen en is niet geldig overgegaan tot de selectie van de tussenkomenende partij.

Beoordeling

14. Dit middel lijkt enkel ontvankelijk wat perceel 1 betreft, aangezien het bij dat perceel enkel gaat om de verwerking van de vliegassen.

15. In de eerste plaats herhaalt de Raad haar standpunt dat zij innam in het arrest nr. 237.127 van 24 januari 2017, namelijk dat het bestek het beschikken over een voor de verwerking nodige milieuvergunning niet uitdrukkelijk lijkt te vereisen en dat het beschikken over de vereiste vergunning – de verzoekende partij heeft overigens ook haar eigen vergunning niet bij haar offerte gevoegd – dan ook geen geldigheidsvoorwaarde van de gunningsbeslissing lijkt, maar de uitvoering van de opdracht te betreffen.

16. De tussenkomenende partij heeft bij haar offerte een lijst van twee diensten bijgevoegd en de door de particuliere afnemer ondertekende vereiste attesten.

De verzoekende partij toont niet, zoals in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereist, aan dat van een aanbestedende overheid bij het nagaan van de referenties met attesten, dient te worden verwacht dat zij dan ook nader onderzoek voert naar de beschikbaarheid van een vereiste milieuvergunning bij de uitvoering van de opdrachten van die referenties.

17. Voorts moet worden opgemerkt dat daar waar de verzoekende partij een document van de Vlaamse administratie voorlegt, de tussenkomende partij op haar beurt een e-mailbericht voorlegt, uitgaande van de afdeling Milieuinspectie van de Vlaamse overheid, waarin deze stelt dat de tussenkomende partij wel beschikt over de vereiste milieuvergunning.

18. Op grond van de voorgaande elementen moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet aantoont dat de ingeroepen bepalingen en beginselen vooralsnog geschonden zijn.

Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

19. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen. De kosten van de vordering met inbegrip van de niet-betwiste rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, worden ten laste van de verzoekende partij gelegd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Deme Environmental Contractors tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van

‡DADRLBBCH-BCJAIBV‡

200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 maart 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra