

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.470 van 13 september 2022
in de zaak A. 237.024/XII-9253**

In zake:

1. de NV DC INDUSTRIAL
2. de BV GREENSOIL
3. de BV RSK BENELUX,
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leo de Béthunelaan 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE VLAAMSE
AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters en Geert Van Engelgem
kantoor houdend te 2600 Antwerpen-Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV SUEZ RR IWS REMEDIATION
2. de NV SERTIUS
3. de NV HYE
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Hilde Van Parys
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6,
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 augustus 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Vlaamse minister van omgeving van 8 juli 2022 om de overheidsopdracht “Mortsel - voormalige Massive: opmaak bodemsaneringsproject, begeleiding en uitvoering van de bodemsaneringswerken inclusief monitoring” met bestek nummer BN 200502, te gunnen aan de tijdelijke maatschap bestaande uit de nv Suez RR IWS Remediation, de nv Sertius en de nv Hye.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 26 augustus 2022 hebben de nv Suez RR IWS Remediation, de nv Sertius en de nv Hye gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 september 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten Joris Wouters en Geert Van Engelgem, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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. OVAM schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp “Mortsel – voormalige Massive: opmaak Bodemsaneringsproject, begeleiding en uitvoering van de bodemsaneringswerken inclusief monitoring”.

De opdracht wordt gegund via een gunningsprocedure met onderhandeling.

Op 1 september 2020 wordt de opdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. Op 4 september 2020 wordt de opdracht eveneens bekendgemaakt in het supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Het bestek beschrijft de opdracht als volgt:

“De opdracht die hierna verder wordt toegelicht, heeft betrekking op de voormalige Massive-site te Mortsel.

Deze opdracht heeft betrekking op de sanering van de verontreiniging met vluchtige organochloorverbindingen (VOCl's) in de grond en het grondwater op de voormalige Massive site gelegen aan de Heirbaan – Ijzerenweglei te Mortsel. De belangrijkste vluchtige organochloorverbindingen (VOCl's) die worden aangetroffen zijn tetrachlooretheen (PCE), trichlooretheen (TCE), dichlooretheen (DCE) en vinylchloride (VC). PCE en plaatselijk vermoedelijk ook TCE werden als ontvettingsmiddel gebruikt bij de industriële activiteiten op de site.

Er kunnen globaal 5 bronzones worden onderscheiden waarbinnen zich hoge VOCl concentraties en ‘puur product’ (de ontvettingsvloeistoffen zelf) in de bodem bevinden. Daarnaast komen er ook 5 onderscheiden grondwaterpluimen voor. Opvallend is de ‘waaivormige’ wijze waarop deze pluimen zich ontwikkeld hebben.

Het voorwerp van deze opdracht bestaat uit enerzijds de opmaak van één bodemsaneringsproject voor de sanering van deze 5 bronzones en 5 pluimzones en anderzijds de uitvoering, begeleiding en veiligheidscoördinatie van de bodemsaneringswerken inclusief monitoring beschreven in dit op te maken bodemsaneringsproject. Daarbij dienen de saneringsdoelstellingen bereikt te worden zodat uiteindelijk kan worden overgegaan tot het afsluiten van de sanering. Deze saneringsdoelstellingen

zijn de absoluut gedefinieerde terugsaneerwaarden zoals deze in het technische gedeelte van het bestek in tabel 6 onder titel 2.7 zijn vastgelegd. Het behalen van deze saneringsdoelstelling wordt geëvalueerd via de monitoring en de toetsingsmethodiek zoals beschreven in het technische gedeelte van het bestek onder titel 3.”

De inschrijvers moeten een saneringsconcept voorstellen aan de hand van een uitgewerkt “plan van aanpak”. In dit saneringsconcept moet een saneringsmethode voorgesteld worden “op basis van de gegevens uit de voorhanden zijnde bodemonderzoeken, de literatuur en de ervaring van de opdrachtnemer”. De gekozen inschrijver gaat jegens OVAM een resultaatsverbintenis aan om de saneringsdoelstelling te bereiken en de sanering af te sluiten binnen een termijn van 15 jaar.

De opdracht zal worden gegund aan de economisch meest voordelige offerte, rekening houdend met de volgende gunningscriteria: de prijs (50 punten) en het plan van aanpak (50 punten). Het gunningscriterium ‘plan van aanpak’ wordt onderverdeeld in vier subcriteria:

- Saneringsaanpak (20 punten),
- Duurzaamheid en CO₂-reductie (5 punten),
- Uitvoering sanering (15 punten), en
- Organisatie, communicatie en planning (10 punten).

Het subgunningscriterium ‘Saneringsaanpak’ wordt als volgt omschreven:

“In het plan van aanpak wordt een onderbouwde en gedetailleerde verantwoording en beschrijving gegeven voor de gekozen saneringsaanpak met inbegrip van een beschrijving van de gebruikte saneringstechniek(en) en een voldoende gedetailleerde kostprijsraming. Er moet duidelijk aangegeven worden welke stappen hebben geleid tot het voorgestelde design. Ook een evaluatie van de haalbaarheid en de aannames om de saneringsdoelstelling te realiseren evenals het verwachte rendement van de vuilvrachtverwijdering in de bronzones moeten aan bod komen. Elementen die in aanmerking kunnen worden genomen voor de beoordeling van dit subgunningscriterium zijn onder meer (ook andere gunstige door de inschrijver aangeboden elementen in het kader van dit subgunningscriterium kunnen in aanmerking worden genomen) de mate waarin de saneringsvariant alsook de gekozen saneringsaanpak incl.

techniek en kostprijs worden verantwoord en onderbouwd, de mate waarin de inschrijver de realisatie van de saneringsdoelstellingen haalbaar acht en aannemelijk maakt en het realistisch karakter hiervan alsook het realistisch karakter van de aannames die de inschrijver hanteert, het beoogde rendement van de vuilvrachtverwijdering in de bronzones en het realistisch karakter hiervan.”

Het subgunningscriterium ‘Duurzaamheid en CO₂-reductie’ wordt als volgt omschreven:

“De inschrijvers wordt gevraagd vanaf het ontwerp tot en met de uitvoering van de sanering rekening te houden met de duurzaamheidsprincipes en de beperking van de CO₂-uitstoot. In het plan van aanpak wordt duidelijk omschreven hoe hiermee rekening werd gehouden bij de keuze van de saneringsaanpak en welke maatregelen er worden voorzien bij uitvoering. Tevens wordt aangegeven hoe de opdrachtgever hier transparant en aantoonbaar zal over geïnformeerd worden. Elementen die in aanmerking kunnen worden genomen voor de beoordeling van dit subgunningscriterium zijn onder meer (ook andere gunstige door de inschrijver aangeboden elementen in het kader van dit subgunningscriterium kunnen in aanmerking worden genomen) de mate waarin rekening gehouden wordt met de duurzaamheidsprincipes en de beperking van de CO₂-uitstoot, de mate waarin de duurzaamheid en CO₂-reductie worden meegenomen in de keuze van de saneringsaanpak en de concrete maatregelen die hiervoor worden voorzien bij de uitvoering die een concrete en positieve invloed hebben op de duurzaamheid en de CO₂-reductie, de wijze waarop de inschrijver invulling geeft aan het transparant informeren van de aanbestedende overheid.”

Het subgunningscriterium ‘Uitvoering sanering’ wordt als volgt omschreven:

“In het plan van aanpak wordt omschreven hoe een kwalitatieve uitvoering zal gerealiseerd en gewaarborgd worden. De inschrijver bespreekt hoe de sanering praktisch wordt aangepakt en vermeldt hierbij ook de mogelijke risico’s (falen design, veiligheid, logistiek, toestemmingen/vergunningen, ...) en hoe hiermee zal worden omgegaan. Elementen die in aanmerking kunnen worden genomen voor de beoordeling van dit subgunningscriterium zijn onder meer (ook andere gunstige door de inschrijver aangeboden elementen in het kader van dit subgunningscriterium kunnen in aanmerking worden genomen) de mate waarin een kwalitatieve uitvoering kan gerealiseerd worden en kan worden gewaarborgd, de mate waarin de sanering praktisch wordt vertaald met onder meer identificatie van de risico’s, de wijze waarop deze risico’s

worden beheerst en de maatregelen die de inschrijver voorziet om deze risico's (en de gevolgen daarvan) te beperken.”

3.3. Na ontvangst van de aanvragen tot deelneming, selecteert de verwerende partij zeven gegadigden, waaronder de verzoekende partijen en de tussenkomende partijen. Zij worden uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.4. Bij de opening van de offertes op 7 juli 2021 blijkt dat vier inschrijvers een offerte hebben ingediend. Zij krijgen de mogelijkheid om hun offerte te presenteren waarna OVAM nog een aantal vragen stelt. Op basis van de offertes, de presentaties en de gegeven antwoorden stelt OVAM een tussentijds beoordelingsverslag op. OVAM beslist daarop om verder te onderhandelen met de drie best gerangschikte inschrijvers, waaronder de verzoekende partijen en de tussenkomende partijen.

Op basis van de onderhandelingen worden de drie inschrijvers uitgenodigd om een BAFO (“*Best and Final Offer*”) in te dienen.

De beoordeling van deze offertes is vervat in een gunningsverslag van OVAM, ondertekend op 2 en 3 juni 2022. Daarin wordt de volgende rangschikking voorgesteld:

Inschrijver	Criterium 1	Criterium 2	Totaal
TM Suez-Hye-Sertius	50,00	50,00	100
TM DCI-Greensoil-RSK	49,10	46,86	96
TM X	40,12	47,48	88

3.5. Op 8 juli 2022 beslist de Vlaamse Minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme om de opdracht te gunnen aan de tijdelijke maatschap bestaande uit de nv Suez RR IWS Remediation, de nv Sertius en de nv Hye.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekende brief van 29 juli 2022 stelt OVAM de verzoekende partijen in kennis van die beslissing.

IV. Tussenkost

4. De nv Suez RR IWS Remediation, de nv Sertius en de nv Hye, samen vormend een tijdelijke maatschap, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt hun verzoek tot tussenkost ingewilligd.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partijen voeren in een enig middel de schending aan van de materiële motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Zij splitsen het middel op in drie onderdelen.

In het eerste onderdeel uiten de verzoekende partijen kritiek op de beoordeling van de offerte van de tussenkomende partijen op het subgunningscriterium “saneringsaanpak”. Volgens de verzoekende partijen is de saneringsmethode die de tussenkomende partijen gebruiken – ISCO met Fenton’s reagens – niet geschikt om de saneringsdoelstellingen te halen, zodat die

inschrijvers ten onrechte de hoogste score voor dit subgunningscriterium hebben gekregen.

Ter onderbouwing van hun grief verwijzen zij naar het eindverslag van het onderzoekproject van de verwerende partij “Studie betreffende de sanering van stedelijke VOCl grondwaterverontreinigingen met droogkuisbedrijven in Antwerpen als voorbeeld” (2004), en naar het rapport “Bodemsaneringsproject voormalige Massive site, Heirbaan – Ijzerenweglei te Mortsel – conceptrapport” (2020). Naar beide rapporten wordt verwezen in bijlage 4 (“Technische gedeelte”) van het bestek. Volgens de verzoekende partijen wordt daarin bevestigd dat een saneringsmethode op basis van ISCO met Fenton’s reagens niet geschikt is om de saneringsdoelstellingen te verwezenlijken. Het wordt volgens de verzoekende partijen zelfs “helemaal onbegrijpelijk wanneer de onhaalbare, onrealistische en zelfs onverantwoorde saneringsmethode van [de tussenkommende partijen], specifiek geplaatst tegenover het saneringsconcept van [de verzoekende partijen] waarin geen ISCO wordt aangewend, gunstiger wordt geëvalueerd”.

In het tweede onderdeel uiten de verzoekende partijen kritiek op de beoordeling van de offerte van de tussenkommende partijen op het subgunningscriterium “duurzaamheid en CO₂-reductie”. De tussenkommende partijen behalen voor dit subgunningscriterium de score “uitmuntend”, maar volgens de verzoekende partijen bevat de bestreden beslissing geen afdoende motivering die deze beoordeling schraagt. Het gunningsverslag vermeldt een “eventuele toekomstige goede en transparante communicatie over de CO₂-emissie”, maar zegt niets over de CO₂-uitstoot als zodanig. De verzoekende partijen voeren aan dat de reële CO₂-uitstoot in de door de tussenkommende partijen voorgestelde saneringsaanpak “dramatisch” is en gevaarlijk voor de omgeving en de volksgezondheid. Zij verwijzen ook in dit verband onder meer naar de voormelde studie en het voormelde rapport. Voorts voeren zij aan dat door de chemische aanpak “al het organisch materiaal en organisch leven in de behandelde zones afgedood zullen worden”, hetgeen manifest ongunstig is vanuit het oogpunt van de duurzaamheid. In schril contrast hiermee staat de saneringsaanpak van de verzoekende partijen, die gebaseerd is op de injectie van natuurlijke koolstofbron

“die netto geen of nauwelijks CO₂-uitstoot genereert en het actieve bodemleven stimuleert”.

In het derde onderdeel uiten de verzoekende partijen kritiek op de beoordeling van de offerte van de tussenkomenende partijen en hun eigen offerte op het subgunningscriterium “uitvoering sanering”. De tussenkomenende partijen behalen hierop een score van 12,75/15, terwijl de verzoekende partijen slechts een score van 10,50/15 behalen. Wat betreft het saneringsconcept van de tussenkomenende partijen merken de verzoekende partijen op dat het gunningsverslag het risico op falen daarvan als gemiddeld inschat en bij dat concept niet onmiddellijk veiligheidsrisico’s detecteert. Volgens de verzoekende partijen zijn het faalrisico en de hieraan verbonden veiligheidsrisico’s echter manifest. Wat de uitvoering van de sanering door de verzoekende partijen zelf betreft, merken zij op dat hun lagere score in het bijzonder steunt op het feit dat zij in hun offerte, bij de bespreking van de beheersmaatregelen, voor bepaalde risico’s een voorbehoud zouden hebben geformuleerd. Volgens de verzoekende partijen was dat misschien wel zo in hun eerste offerte, maar hebben zij in hun BAFO nadrukkelijk aanvaard dat alle risico’s welke werden gealloceerd aan de opdrachtnemer door hen ook worden opgenomen.

Beoordeling

7. Voorafgaand aan het onderzoek van de grieven van de verzoekende partijen herinnert de Raad van State eraan dat een aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes en de toetsing ervan aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsruimte beschikt. Het is de aanbestedende overheid die bepaalt wat zij als sterke en zwakke punten in de offertes beschouwt en die daaraan dienovereenkomstig punten toekent. De Raad van State is niet bevoegd om de beoordeling van de offertes over te doen en zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht mag hij desgevraagd wel nagaan of deze beoordeling berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven en of het bestuur daarbij niet onzorgvuldig heeft gehandeld.

Een toetsing van de offertes aan de gunningscriteria veronderstelt dat een afdoende vergelijking van de offertes plaatsvindt, waarbij het aangeboden wordt getoetst aan de verwachtingen van de overheid, met vermelding en vergelijking van de respectieve sterke en zwakke punten van elk van de ingediende offertes.

Eerste onderdeel

8. Het eerste onderdeel heeft betrekking op het subgunningscriterium “saneringsaanpak”. Op dit criterium behalen de verzoekende partijen 14,50/20 en de tussenkomende partijen 14,75/20.

Zoals uit het gunningsverslag blijkt, stellen de tussenkomende partijen in hun offerte een combinatie van saneringstechnieken voor, waaronder ISCO (“*in situ chemical oxidation*”), een techniek die bestaat in het injecteren in de bodem van een chemisch oxidatiemiddel, om de verontreiniging op die manier chemisch af te breken. Het voorgestelde oxidatiemiddel is Fenton’s reagens. Terwijl ISCO door de verwerende partij positief wordt gewaardeerd, voeren de verzoekende partijen aan dat die methode niet geschikt is.

9. In het gunningsverslag wordt in verband met de offerte van de tussenkomende partijen vooreerst geoordeeld dat de saneringsaanpak zeer gedetailleerd wordt beschreven. Er wordt bovendien vastgesteld dat de haalbaarheid van de voorgestelde plannen “zeer doorgedreven” werd afgetoetst aan de situatie ter plaatse, onder meer inzake toegankelijkheid, uitvoerbaarheid, vergunningen en toestemmingen. Het beoordelingsverslag vermeldt ook dat de afweging van de verschillende saneringsopties “open” gebeurt, “zonder onmiddellijke sturing naar een bepaalde voorkeurstechiek”.

Het gunningsverslag geeft vervolgens een beknopt overzicht van de verschillende technieken die de tussenkomende partijen voor de onderscheiden bronzones en pluimzones voorstellen. Het besteedt een bijzondere aandacht aan de vuilvrachtverwijdering. Daarover wordt gesteld dat “door de toegepaste ISCO met Fenton’s reagens [verwacht wordt] dat ook een deel van de niet mobiele verontreiniging (residuaire puur product) wordt gemobiliseerd”, welke “mits een

volgende ISCO-ronde met Fenton's (of een andere techniek) verder [kunnen] worden afgebroken". Deze aanpak wordt expliciet gunstiger geëvalueerd dan een aanpak "waarbij enkel een diffusie-gecontroleerde nalevering wordt gecreëerd vanuit het residuaire (en geadsorbeerde) deel naar de waterfase".

Ten slotte blijkt uit het gunningsverslag dat de mate waarin de tussenkomende partijen "de saneringsvariant, de gekozen saneringsaanpak incl. techniek en kostprijs en de BATNEEC evaluatie [verantwoorden en onderbouwen]", als goed wordt beoordeeld. Er wordt extra benadrukt dat de voorgestelde aanpak "volledig transparant" is en duidelijk rekening houdt met de situatie ter plaatse, en dat het "reeds uitgevoerd veld- en labowerk" aan de saneringsaanpak een "realistische benadering" geeft.

De conclusie luidt als volgt: "Op basis van hogervermelde en in vergelijking met de andere inschrijvers scoort TM Suez-Hye-Sertius goed tot zeer goed voor dit criterium en nog licht beter dan TM DCI-Greensoil-RSK. TM Suez-Hye-Sertius behaalt een score van 14,75 punten."

10. De Raad van State stelt vast dat het gunningsverslag omstandig gemotiveerd is. Er wordt onder meer ingegaan op de voordelen en de haalbaarheid van ISCO met Fenton's reagens, rekening houdend met de concrete situatie ter plaatse. De motieven in het gunningsverslag geven op het eerste gezicht geen aanleiding om te concluderen dat de verwerende partij, door de door de tussenkomende partijen voorgestelde saneringsaanpak als "goed tot zeer goed" te beschouwen en daaraan een score van 14,75/20 te geven, de grenzen van haar beoordelingsruimte kennelijk te buiten gegaan zou zijn. Die vaststelling geldt met name ook in zoverre de motieven betrekking hebben op de positieve evaluatie door de verwerende partij van de techniek van ISCO met Fenton's reagens, die deel uitmaakt van de voorgestelde aanpak.

11. Tegenover die beoordeling stellen de verzoekende partijen de bevindingen uit twee studies.

11.1. De eerste studie is een studie uit 2004 betreffende de sanering van stedelijke VOCl grondwaterverontreinigingen, met droogkuisbedrijven in

Antwerpen als voorbeeld. Die studie is het eindverslag van een OVAM-onderzoeksproject. Volgens de verzoekende partijen beschouwt de verwerende partij de bevindingen van dat onderzoek als relevant, nu zij naar de studie verwijst in bijlage 4 (“Technische gedeelte”) bij het bestek voor de voorliggende opdracht en in de “technisch-wetenschappelijke info” op haar website. Zij citeren de algemene conclusie van de studie, waarin sprake is van een gasontwikkeling bij het gebruik van de Fenton’s reagens.

De verwerende partij antwoordt hierop dat het gaat om een studie uit 2004, die nu bijna 20 jaar oud is, terwijl de technologie ondertussen veranderd is. Zij betwist ook dat zij zelf een grote waarde zou hechten aan deze studie. Daarnaast wordt slechts verwezen in de bijlage bij het bestek, en dan nog enkel om uitleg te geven over de helling van de klei in de “Formatie van Boom”.

De tussenkomen partijen lijken voorts terecht aan te voeren dat saneringstechnieken projectspecifiek moeten worden onderzocht en geëvalueerd. De verzoekende partijen leggen niet uit in hoeverre de bevindingen uit het rapport van 2004 transposeerbaar zijn naar de voorliggende opdracht.

Alleszins kan de Raad van State in de huidige stand van het geding niet ertoe komen om op basis van de genoemde studie te concluderen dat de beoordeling door de verwerende partij van de door de tussengekomen partijen voorgestelde aanpak kennelijk onredelijk zou zijn.

11.2. De tweede studie is een conceptrapport van 6 maart 2020, opgesteld door het studiebureau TAUW. Dit rapport heeft specifiek betrekking op de voormalige Massive-site in Mortsel. Volgens de verzoekende partijen wordt onder meer ISCO in dit rapport beschouwd als een niet-geschikte techniek.

Uit het citaat dat de verzoekende partijen in hun verzoekschrift aanhalen, lijkt afgeleid te kunnen worden dat de voormelde conclusie in het conceptrapport steunt op de bevindingen uit de aangehaalde studie van 2004. De opmerkingen die hiervóór in verband met die studie zijn gemaakt, lijken dan ook op te gaan voor het conceptrapport.

Bovendien lijkt de verwerende partij terecht erop te wijzen dat het slechts gaat om een “concept”-rapport, dat de visie weergeeft van een individuele deskundige, op basis van zijn praktijkervaring. De inschrijvers konden daartegenover hun eigen visie stellen, wat de tussenkomende partijen ook gedaan hebben, onder meer wat het gebruik van ISCO betreft.

Ook op basis van het genoemde conceptrapport kan de Raad van State in de huidige stand van het geding niet ertoe komen om te concluderen dat de beoordeling door de verwerende partij van de door de tussengekomen partijen voorgestelde aanpak kennelijk onredelijk zou zijn.

12. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

13. Het tweede onderdeel heeft betrekking op het subgunningscriterium “duurzaamheid en CO₂-reductie”. Op dit criterium behalen de verzoekende partijen 4,25/5 en de tussenkomende partijen 4,50/5.

14. In het gunningsverslag wordt in verband met de offerte van de tussenkomende partijen onder meer opgemerkt dat die partijen bespreken hoe invulling wordt gegeven aan de “*Sustainable Development Goals*”, in het bijzonder aan doelstelling 15, “Leven op het land”, die zeer concreet wordt ingevuld.

Het verslag vermeldt voorts onder meer dat “het gebruik van groene stroom, de voorziene uitgebreidere heraanplantingen bij rooiwerken, de concrete maatregelen ter bescherming van de ‘Hazelworm’ in het Natuurgebied Klein-Zwitserland, het stilleggen van machines bij wachttijden, geen heraanvullingen met gronden van eerste winning en het minimaal gebruik van stabilisé of stabilisé met een lager cementgehalte [...] voor dit criterium als positief [worden] geëvalueerd”.

Specifiek in verband met de CO₂-uitstoot wordt vastgesteld dat de tussenkomende partijen voorzien in de opmaak van een CO₂-tabel “die kan

bijdragen tot een goede en transparante communicatie naar de aanbestedende overheid”. Hierbij wordt evenwel ook opgemerkt dat “dergelijke tabel [zich beperkt] tot slechts één duurzaamheidsaspect, zijnde de CO₂-reductie”.

Ten slotte wordt in het gunningsverslag gesteld dat “de mate waarin het plan van aanpak rekening houdt met de duurzaamheidsprincipes en de beperking van de hinder voor de omgeving en CO₂-uitstoot” als “uitmuntend” wordt geëvalueerd. Het enige minpunt lijkt de wijze te zijn “waarop de inschrijver invulling zal geven aan het (transparant) informeren en communiceren naar de aanbestedende overheid”: daarover wordt opgemerkt dat die minder uitvoering is beschreven in het plan van aanpak.

Globaal wordt geoordeeld dat de tussenkomende partijen zich onderscheiden ten opzichte van de andere inschrijvers en “nog licht beter [scoren]” dan de verzoekende partijen. De conclusie luidt als volgt: “Op basis van hogervermelde en in vergelijking met de andere inschrijvers scoort TM Suez-Hye-Sertius uitmuntend voor dit criterium en behaalt een score van 4,50 punten.”

15. Volgens de verzoekende partijen bestaat het subgunningscriterium “duurzaamheid en CO₂-reductie” uit twee luiken, namelijk “duurzaamheid(sprincipes) enerzijds en beperking van de CO₂-uitstoot anderzijds”. De verzoekende partijen oefenen achtereenvolgens kritiek uit op de beoordeling van elk van die luiken.

De verwerende partij lijkt echter gevolgd te kunnen worden in zoverre zij stelt dat duurzaamheid en CO₂-reductie in het bestek als één geheel beschouwd worden, en dat in het gunningsverslag een globale beoordeling gegeven wordt van dat geheel.

In de huidige stand van het geding zal de Raad van State dan ook nagaan of die globale beoordeling de wettigheidstoets kan doorstaan.

16. De verzoekende partijen voeren vooreerst aan dat de score “uitmuntend” voor de offerte van de tussenkomende partijen op het criterium

“duurzaamheid en CO₂-reductie” alvast geen steun vindt in hetgeen in verband met de CO₂-uitstoot wordt vermeld. Volgens de verzoekende partijen wordt in dat verband enkel opgemerkt dat wordt “voorzien” in de opmaak van een CO₂-tabel die “kan” bijdragen tot een “goede en transparante communicatie naar de aanbestedende overheid”, maar wordt niets opgemerkt over de CO₂-uitstoot en de beperking ervan als zodanig.

Op het eerste gezicht lijkt echter met de verwerende partij te kunnen worden aangenomen dat de motivering van de beoordeling van de offerte van de tussenkommende partijen ook een aantal andere elementen bevat “waarin de CO₂-uitstoot is verwerkt, weliswaar niet in die exacte woorden uitgedrukt”. De verwerende partij wijst er voorts op dat de tussenkommende partijen “het aspect van de CO₂ samen met de duurzaamheid [hebben] geïntegreerd in [hun] saneringsaanpak”, en dat de desbetreffende elementen in de beoordeling zijn opgenomen. Het gaat hierbij in het bijzonder om een aantal concrete maatregelen waarnaar in het gunningsverslag verwezen wordt: “groene stroom, optimalisatie van energieverbruik, aanvulgrond niet van eerste winning, heraanplanten bij rooiwerken, digitale informatieverstrekking, stilleggen machines bij wachttijden”.

Aldus gelezen, geven de motieven in het gunningsverslag op het eerste gezicht geen aanleiding om te concluderen dat de verwerende partij, door de offerte van de tussenkommende partijen op het vlak van de duurzaamheid en de CO₂-reductie als “uitmuntend” te beschouwen en daaraan een score van 4,50/5 te geven, de grenzen van haar beoordelingsruimte kennelijk te buiten gegaan zou zijn.

17. De verzoekende partijen verwijzen vervolgens ook in dit onderdeel naar de hiervóór genoemde studie uit 2004 betreffende de sanering van stedelijke VOCl grondwaterverontreinigingen met droogkuisbedrijven in Antwerpen als voorbeeld. Zij voeren in het bijzonder aan dat de ondergrond momenteel sterk gereduceerd is, “waardoor enorme hoeveelheden oxidatiemiddel nodig zijn om deze te oxideren”. Bij de saneringstechniek ISCO met Fenton’s reagens zal dit resulteren in een productie op korte termijn van “meer dan 1.112.500 m³ gas op grote diepte in de bodem [...], welke zich een weg zal banen

naar het maaiveld”. De risico’s naar de omgeving en voor de volksgezondheid zijn dan ook volgens de verzoekende partijen “manifest”.

In zoverre de verzoekende partijen uitgaan van een sterke gasontwikkeling als beschreven in de studie van 2004, moet in de eerste plaats verwezen worden naar wat over de relevantie van die studie is overwogen bij de bespreking van het eerste onderdeel (overweging 11.1, hiervóór).

Voor het overige lijkt de verwerende partij terecht op te merken dat een “nultolerantie” inzake CO₂-uitstoot door het bestek niet wordt vereist en die trouwens “praktisch onmogelijk” is. Waar het op aankomt, is het nemen van maatregelen om de CO₂-uitstoot te beperken. In die optiek lijkt de enkele verwijzing naar het fenomeen van gasvorming ten gevolge van het injecteren van het Fenton’s reagens in de bodem niet te volstaan om afbreuk te doen aan de zeer positieve conclusie in het gunningsverslag in verband met de door de tussenkomende partijen in het vooruitzicht gestelde maatregelen, onder meer ter beperking van de CO₂-uitstoot.

18. De verzoekende partijen voeren ten slotte aan dat door de chemische aanpak van de tussenkomende partijen al het organisch materiaal en het organisch leven afgedood zullen worden, hetgeen “manifest ongunstig” is vanuit het oogpunt van de duurzaamheid.

De tussenkomende partijen wijzen er echter op dat de bioactiviteit ter hoogte van de diepe kernzones, waar de ISCO-techniek zal worden toegepast, “op heden van nature reeds beperkt tot zelfs integraal afwezig [is]”. De verwerende partij van haar kant voert aan dat de bewering van de verzoekende partijen “op geen enkele wijze gestaafd, laat staan aannemelijk gemaakt [wordt]”.

De Raad van State moet in deze stand van het geding inderdaad vaststellen dat de verzoekende partijen hun bewering niet staven. Hij ziet in de kritiek van de verzoekende partijen voorshands dan ook geen reden om de beoordeling van de offerte van de tussenkomende partijen op het vlak van duurzaamheid als kennelijk onredelijk te beschouwen.

19. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

20. Het derde onderdeel van het enig middel heeft betrekking op het subgunningscriterium “uitvoering sanering”. Op dit criterium behalen de verzoekende partijen 10,50/15 en de tussenkomende partijen 12,75/15. De Raad van State merkt op dat het absolute verschil in scores tussen de verzoekende partijen en de tussenkomende partijen voor dit subgunningscriterium het grootst is.

De verzoekende partijen oefenen achtereenvolgens kritiek uit op de beoordeling van de offerte van de tussenkomende partijen (als zijnde te hoog gewaardeerd) en op de beoordeling van hun eigen offerte (als zijnde te laag gewaardeerd).

1. Kritiek op de beoordeling van de offerte van de tussenkomende partijen

21. In het gunningsverslag wordt in verband met de risico's verbonden aan de projectaanpak voorgesteld door de tussenkomende partijen vooreerst erkend dat “het mogelijks niet of onvoldoende kunnen bereiken van alle zones [...], net als voor de andere inschrijvers, een risico [vormt]”. Er wordt ook opgemerkt dat “na de aërobe fase (ISCO) [...] het milieu zich voldoende (snel) [moet] kunnen herstellen naar een anaërobe fase nodig voor de verdere biologische afbraak”. Het “risico tot falen van het design” wordt, “mits uitvoering van de voorgestelde voorkomings- en beheersmaatregelen”, als “gemiddeld” ingeschat. Voorts worden er in het verslag “niet onmiddellijk veiligheidsrisico's gedetecteerd”.

Er moet opgemerkt worden dat in verband met dit subgunningscriterium nog andere aspecten dan de risico's besproken worden. Zo wordt in het gunningsverslag onder meer gesteld dat “nergens [een] voorbehoud [wordt] gemaakt voor de risico's gealloceerd bij de opdrachtnemer”, wat als “zeer gunstig” wordt geëvalueerd, dat met betrekking tot de voorbereidingen op de uitvoering de tussenkomende partijen “veel verder [staan] dan de andere inschrijvers”, en dat op het vlak van logistiek en het verkrijgen van de nodige vergunningen hun concept “zeer duidelijk beter geëvalueerd [wordt] ten opzichte

van andere inschrijvers”. Deze beoordelingen worden door de verzoekende partijen niet tegengesproken.

De conclusie voor dit subgunningscriterium luidt als volgt: “Op basis van hogervermelde en in vergelijking met de andere inschrijvers scoort TM Suez-Hye-Sertius uitstekend en nog beter dan X. TM Suez-Hye-Sertius behaalt een score van 12,75 punten”.

22. De verzoekende partijen voeren aan dat het faalrisico van het door de tussenkommende partijen voorgestelde design “manifest” is. Zij verwijzen hiervoor naar het eerste onderdeel van het middel, waarin zij hebben aangevoerd dat een saneringsconcept gebaseerd op ISCO met Fenton’s reagens niet geschikt is om de saneringsdoeleinden te bereiken. Zij voeren ook aan dat de “biologische afbraak” die de tussenkommende partijen als “back-up” lijken te voorzien, “allesbehalve evident” zal zijn nu de ondergrond na de toepassing van ISCO met oxidatie “zeer moeilijk te reduceren zal zijn”, hetgeen “de eventuele stimulering van de biologische afbraak van de verontreiniging door bodembacteriën sterk bemoeilijkt”.

De verwerende partij antwoordt hierop in de eerste plaats door de maatregelen op te sommen waarin de tussenkommende partijen voorzien. Die maatregelen, in het gunningsverslag “voorkomings- en beheersmaatregelen” genoemd, verantwoorden naar het oordeel van de verwerende partij dat het faalrisico als gemiddeld wordt ingeschat. Wat voorts de twijfels van de verzoekende partijen over de uitvoerbaarheid van de biologische afbraak betreft, merkt de verwerende partij op dat die partijen hun kritiek niet staven met concrete gegevens.

De kritiek die de verzoekende partijen in het derde onderdeel uitoefenen op de inschatting van de faalrisico’s lijkt samen te vallen met hun kritiek in het eerste onderdeel op de geschiktheid van de ISCO-techniek met Fenton’s reagens. Met betrekking tot het eerste onderdeel heeft de Raad van State besloten dat er in de huidige stand van het geding geen reden lijkt te zijn om de beoordeling door de verwerende partij van de door de tussengekomen partijen voorgestelde aanpak als kennelijk onredelijk te beschouwen (overwegingen

10-11). Deze conclusie geldt eveneens voor de inschatting door de verwerende partij van het met die aanpak verbonden faalrisico.

23. De verzoekende partijen voeren voorts aan dat de veiligheidsrisico's verbonden aan het saneringsconcept van de tussenkomende partijen "manifest" zijn. Zij verwijzen daarvoor naar hetgeen zij in het tweede onderdeel van het middel hebben uiteengezet in verband met de creatie door het Fenton's reagens van "grote hoeveelheden gas en CO₂".

De verwerende partij verwijst naar hetgeen zij in verband met het tweede onderdeel geantwoord heeft op de grieven die verband houden met de CO₂-uitstoot. De tussenkomende partijen wijzen in het bijzonder op een aantal "preventieve" en "corrigerende" maatregelen die zij voorzien.

De verzoekende partijen voeren op dit punt geen andere gegevens aan dan die welke zij in het tweede onderdeel hebben aangevoerd. Om de redenen die bij de bespreking van dat onderdeel zijn gegeven, meer bepaald in verband met de CO₂-uitstoot (overwegingen 16-17), lijkt er geen reden te zijn om de inschatting door de verwerende partij van de veiligheidsrisico's verbonden met de aanpak van de tussenkomende partijen als kennelijk onredelijk te beschouwen.

2. Kritiek op de beoordeling van de offerte van de verzoekende partijen

24. In het gunningsverslag wordt in verband met de risico's verbonden aan de projectaanpak, voorgesteld door de verzoekende partijen, onder meer opgemerkt dat een risico-matrix wordt aangeleverd en dat "uit de bespreking van de beheersmaatregelen bij 9 risico's wel een voorbehoud afgeleid [kan] worden met betrekking tot de (volledige) allocatie bij de opdrachtnemer". Dit gegeven wordt als "ongunstig" geëvalueerd.

Er moet opgemerkt worden dat in verband met dit subgunningscriterium nog andere aspecten dan de voorbehouden bij de risico's besproken worden. Zo wordt het risico tot falen van het voorgestelde design als laag ingeschat en worden niet onmiddellijk veiligheidsrisico's gedetecteerd, maar wordt opgemerkt dat het risico op falen wel verhoogt ten gevolge van het

ontbreken van een back-up voor het geval dat de nodige voorzieningen niet worden verkregen, en wordt “het expliciet vermelden dat er geen rekening zal gehouden worden met andere grondwaterverontreinigingen” als een “potentieel risico” gedetecteerd. Deze beoordelingen worden door de verzoekende partijen niet tegengesproken.

De conclusie voor dit subgunningscriterium luidt als volgt: “Op basis van hogervermelde scoort TM DCI-Greensoil-RSK goed tot zeer goed voor dit criterium. Het falen van het design wordt lager ingeschat ten opzichte van andere inschrijvers, doch bij de bespreking van de risico’s wordt enig voorbehoud gemaakt. TM DCI-Greensoil-RSK behaalt een score van 10,50 punten voor dit criterium.”

25. De verzoekende partijen voeren aan dat zij in hun BAFO ondubbelzinnig verklaard hebben dat zij de risico’s gealloceerd bij de opdrachtnemer aanvaardden. Door de verwerende partij was met betrekking tot de opmaak van de BAFO gevraagd om de wijzigingen ten opzichte van de eerste offerte met “track changes” aan te duiden. Volgens de verzoekende partijen hebben zij in de risicomatrix met “track changes” aangegeven dat zij de risico’s die volgens die matrix werden gealloceerd aan de opdrachtnemer ook opnamen.

De verwerende partij blijft erbij dat de verzoekende partijen in de aangepaste risicomatrix hun voorbehouden bij een aantal risico’s hebben behouden. Zij geeft precies aan welke onderdelen in de kolom “Evaluatie [van het betrokken risico] en voorgestelde maatregel” als een voorbehoud beschouwd moeten worden.

De Raad van State kan niet anders dan vaststellen dat de risicomatrix (bijlage 7 bij de BAFO), een vertrouwelijk stuk dat hij heeft kunnen inkijken, inderdaad vermeldingen bevat (weliswaar niet voor negen, maar voor acht risico’s) die als voorbehouden beschouwd kunnen worden. Het komt de Raad van State voor dat er misschien een vergissing gebeurd is, nu deze matrix geen “track changes” bevat, of de “track changes” althans niet zichtbaar zijn op de versie die als bijlage bij de BAFO is opgenomen. Wat er ook van zij, het kan aan de

verwerende partij niet verweten worden dat zij is voortgegaan op de documenten zoals die aan haar zijn overgemaakt.

Weliswaar hebben de verzoekende partijen in de BAFO zelf (randnummer 3.3.12) verklaard dat zij “alle risico’s welke werden gealloceerd aan de opdrachtnemer door [de verzoekende partijen], ook [opnemen]”. Die verklaring, die geen verwijzing bevatte naar welbepaalde risico’s, kon door de verwerende partij echter beschouwd worden als zijnde tegengesproken door de vermeldingen in de risicomatrix.

In het licht van de gegevens van het dossier lijkt voorshands besloten te moeten worden dat de kritiek van de verzoekende partijen uitgaat van gegevens die geen, of minstens onvoldoende, steun vinden in het dossier.

3. Conclusie inzake het derde onderdeel

26. Het derde onderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit

27. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Suez RR IWS Remediation, de nv Sertius en de nv Hye, samen vormend een tijdelijke maatschap, tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwierpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 600 euro, elk voor een derde, een bijdrage van 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 450 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertien september tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens