

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 141.347 van 1 maart 2005
in de zaak A. 159.557/XII-4367.**

In zake : 1. de NV HYE,
 2. de NV GHENT-DREDGING,
 samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat P. Flamey,
 kantoor houdende te 1050 Brussel,
 Aarlenstraat 25

tegen :

de naamloze vennootschap van publiekrecht WATERWEGEN
EN ZEEKANAAL, publiekrechtelijk vormgegeven extern
verzelfstandigd agentschap,
die woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 149, bus 20.

verzoekers in tussenkomst :

1. de NV DREDGING INTERNATIONAL,
2. de NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE,
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
die woonplaats kiezen bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Hye en de NV Ghent-Dredging, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, op 27 januari 2005 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van :

- “1. de beslissing van de Administratie Waterwegen en Zeewezen, Afdeling Bovenschelde dd. 17 december 2004 waarbij werd beslist de overheidsopdracht 'Boven-Schelde Vernieuwen en ontdebellen van de Stuw te Asper, fase I : burgerlijke bouwkunde, grond- en oeververdedigingswerken en bouwen van de visnevengeul (bestek nr. 16EGKO/04/17) te gunnen aan de THV MBG-DREDGING INTERNATIONAL (eerste bestreden beslissing).
2. de impliciete beslissing van de Administratie Waterwegen en Zeewezen, Afdeling Bovenschelde dd. 17 december 2004 waarbij werd

beslist de overheidsopdracht 'Boven-Schelde Vernieuwen en ontdebellen van de Stuw te Asper, fase I : burgerlijke bouwkunde, grond- en oeververdedigingswerken en bouwen van de visnevengeul (bestek nr. 16EGKO/04/17) niet te gunnen aan de TV HYE-GHENT DREDGING (tweede bestreden beslissing)";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 31 januari 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 10 februari 2005, om 10.30 uur;

Gelet op het uitstel van de zaak tot de terechtzitting van 17 februari 2005, om 11.00 uur;

Gezien het ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift waarbij de NV Dredging International en de NV Aannemingsmaatschappij CFE, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, vragen in het administratief kort geding te mogen tussenkomen;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten P. Flamey en S. Knaepen, die verschijnen voor de verzoekende partijen, van advocaten K. Ronse en V. Petitat, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de tussenkomende partijen en aan wie wordt toegestaan op te treden onder voorbehoud;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

De tussenkomst.

Overwegende dat reeds bij brief gedateerd 4 februari 2005 de raadsman van de verzoekende partijen in tussenkomst hun tussenkomst meldt en aankondigt op 7 februari 2005 ter griffie de stukken van de verwerende partij te zullen inzien zodat hij "aansluitend namens cliënte het verzoekschrift tot tussenkomst kan finaliseren"; dat de terechtzitting oorspronkelijk op 10 februari

2005 was vastgesteld en uitgesteld werd naar 17 februari 2005; dat in die omstandigheden niet wordt ingezien om welke reden pas op de terechtzitting van 17 februari 2005 het verzoekschrift tot tussenkomst is neergelegd; dat dergelijke handelwijze de mogelijkheden tot repliek van de verzoekende partijen en tot kennisname door het optredend lid van het auditoraat al te zeer beperkt; dat zulks des te meer geldt, nu dat verzoekschrift twintig bladzijden lang is en een exceptie van niet-ontvankelijkheid bevat betreffende procesvolmachten van de verzoekende partijen; dat aldus het verzoek tot tussenkomst als laattijdig moet worden beschouwd, enkel als inlichting in aanmerking kan worden genomen en de tussenkomst niet mag worden toegestaan;

De gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1. De aankondiging van openbare aanbesteding voor aanneming van werken “Boven-Schelde. Vernieuwen en ontdebellen van de stuw te Asper. Fase 1 : Burgerlijke bouwkunde, grond- en oeververdedigingswerken en bouwen van de visnevengeul” wordt bekend gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 15 oktober 2004 en in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 21 oktober 2004.

2. Deze opdracht, verdeeld in twee deelcontracten, wordt beheerst door het bestek nr. 16EGKO/04/17. Het betreft op het vlak van prijsbepaling een gemengde opdracht (bestek, deel I, punt 5). Varianten zijn niet toegelaten (bestek, deel I, punt 9).

De opmetingsstaat bevat posten met voorbehouden som (VS), posten tegen globale prijs (GP) en posten volgens prijslijst met vermoedelijke hoeveelheid (VH).

Wat de uit te voeren grondwerken betreft, wordt in de opmetingsstaat in het kader van de uitgravingen onder meer een onderscheid gemaakt tussen de partij grond die naar een grondreinigingscentrum moet worden gebracht en de partij grond die naar een erkende stortplaats van klasse I moet worden gebracht. Dit onderscheid is ook gemaakt in corresponderende bepalingen van de technische bepalingen van het bestek.

Het dossier bevat een e-mail van 22 juni 2004 van de NV Abo -die volgens de nota het milieuhygiënisch onderzoek heeft uitgevoerd- aan de afdeling Bovenschelde met de opmerking dat er zeer grote verschillen zijn in de acceptatiecriteria van reinigingscentra en dat het nauwelijks mogelijk is een volume te kleven op de grond die zou kunnen worden gereinigd en grond die dient gestort.

3. Er worden in totaal negen offertes ingediend waaronder deze van de THV MBG - Dredging International en deze van de THV HYE - Ghent-Dredging voor een bedrag van 9.239.868,89 euro, BTW inbegrepen respectievelijk 9.934.570,79 euro, BTW inbegrepen. De eerste THV vult voor de posten 64, 69, 74 en 78 (reinigingscentrum) evenals voor de posten 65, 70, 75 en 79 (stort klasse I) een prijs in van 83,8. Verzoekende partijen vullen voor deze posten een prijs in van 79,55 (78,63 voor post 78) respectievelijk 84 (88 voor post 79).

4. Gelet op het technisch belang van de posten voor het grondwerk (posten 63 tot en met 79) en de financiële impact op de globale aanneming (55 % van de aanbestedingssom), wordt beslist om aan de laagste vier inschrijvers een bijkomende, gedetailleerde, prijsverantwoording te vragen voor onder andere deze posten zodat het bestuur ook kan nagaan of de voorgestelde oplossingen conform zijn met de erop betrekking hebbende bestekvoorschriften. In het aanbestedingsverslag wordt daarbij gewezen op het belang van de afvoer van de aanwezige verontreinigde gronden van categorie 929 volgens de normering van de Grondbank, buiten de werf en dit, naargelang de aard van de verontreiniging, ofwel naar een grondreinigingscentrum of naar een stort klasse I waarvoor, na advies van de door de afdeling aangestelde en erkende bodemsaneringsdeskundige, in het bestek enerzijds de voornoemde posten 64, 69, 74 en 78 en anderzijds posten 65, 70, 75 en 79 werden opgenomen.

De laagste inschrijver, de THV MBG - Dredging International, wijst er in haar prijsverantwoording van 3 december 2004 op dat bij ontgraving geen onderscheid gemaakt kan worden tussen “kwaliteit 929 te storten” en “kwaliteit 929” te reinigen en dat daarom alle grond met kwaliteit 929 als één geheel selectief wordt ontgraven en in functie van de gekende vervuiling en conform de technische bestekbepaling 21.10.10 c) naar het reinigingscentrum GRC in Kallo wordt afgevoerd waar na analyse, wordt beoordeeld wat kan worden gereinigd en wat moet worden afgevoerd naar een stort klasse I en dat de offerte van GRC Kallo

daarbij rekening houdt met de afvoer van de niet te reinigen grond naar een klasse I stort.

1.5. Vervolgens wordt op 14 december 2004, door de afdeling Bovenschelde, aan de afdeling Overheidsopdrachten een advies gevraagd over de regelmatigheid van deze offerte.

In haar advies van 16 december 2004 stelt de afdeling Overheidsopdrachten dat in het bestek en in de beschrijvende opmetingsstaat een onderscheid wordt gemaakt tussen de partij grond die naar een grondreinigingscentrum moet worden gebracht en de partij grond die naar een erkende stortplaats klasse I moet worden gebracht waarbij de betrokken THV bij haar eenheidsprijzen geen onderscheid maakt tussen de twee partijen grond gelet op haar “overeenkomst met GRC Kallo” die “zegt de volledige partij grond te kunnen reinigen en het niet-reinigbare gedeelte te zullen storten op een erkende stortplaats”. De afdeling Overheidsopdrachten meent dat deze offerte voldoet aan de technische vereisten van het bestek nu noch in het bestek noch in het milieuhygiënisch rapport is opgenomen dat grond met een bepaalde vervuiling verplicht rechtstreeks naar een stortplaats klasse I moeten worden gebracht maar dat die vereisten eerder “open” zijn opgesteld zodat niets verbiedt dat alle grond eerst naar een reinigingscentrum wordt gebracht indien dit in staat is om ook de zwaarder vervuilde grond te reinigen en de resterende vervuilde grond indien nodig laat storten. Tevens oordeelt de afdeling Overheidsopdrachten dat de THV de qua prijsopgave in de opmetingsstaat gemaakte fictieve opsplitsing tussen de te storten gronden en de te reinigen gronden wel moest maken omdat zij deze samenvattende opmetingsstaat niet mocht wijzigen en dat het overdreven zou zijn haar offerte onregelmatig te verklaren omdat ze op dit vlak bestanddelen zou bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen nu dit slechts schijnbaar het geval is. Tevens wordt de prijs niet abnormaal laag geacht en wordt geoordeeld dat het prijsverschil met de hoogste inschrijver op zich geen reden is om de offerte te weren. Ten slotte meent de afdeling Overheidsopdrachten dat de THV niet kan bestraft worden voor het voordeel dat zij behaalt door met GRC Kallo te werken op voorwaarde dat deze samenwerking “realistisch” is.

6. In een aanbestedingsverslag ondertekend door het afdelingshoofd van de afdeling Bovenschelde worden alle inschrijvingen vormelijk en inhoudelijk regelmatig bevonden en wordt vastgesteld dat na het regelmatigheidsonderzoek en de prijstechnische controle het laagste bod uitgaat van de THV MBG - Dredging

International voor een bedrag van 9.239.868,89 euro, BTW inbegrepen, gevolgd door de inschrijving van de THV HYE - Ghent-Dredging voor een bedrag van 9.934.570,79 euro, BTW inbegrepen. Het verslag stelt voorts dat de offerte van de THV MBTG - Dredging International niet rechtvaardigingsplichtig is en ook regelmatig op het vlak van de afvoer van grond. Daartoe wordt het voormelde verslag van de afdeling Overheidsopdrachten geciteerd en wordt op de vraag van die afdeling in hoeverre het haalbaar is om bijna de volledige partij grond te reinigen bevestigend geantwoord met de stelling dat de quasi totale hoeveelheid verontreinigde grondspecie met de reinigingstechnieken waarover GRC Kallo beschikt gereinigd kan worden terwijl de THV met GRC Kallo overeen is gekomen dat het niet reinigbare gedeelte op kosten van GRC Kallo naar een stort klasse I zal worden afgevoerd. Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de THV MBG - Dredging International.

7. De directeur-generaal van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, afdeling Beleid Havens, Waterwegen en Zeewezen, stelt in een brief van 17 december 2004 aan de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur voor de opdracht toe te wijzen aan de THV MBG - Dredging International. De toewijzingsbeslissing geformaliseerd door middel van de goedkeuring van de minister aangebracht op de gekozen offerte, is de eerste bestreden beslissing;

De grondvoorwaarden voor schorsing.

Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan 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;

1.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partijen in een eerste middel de schending aanvoeren van artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de

concessies voor openbare werken, alsook de schending van de essentiële bestekbepalingen omtrent de afvoerwijze en de bepaling van de vermoedelijke hoeveelheden van de grond van het type 929, van het gelijkheidsbeginsel, het “beginsel van de continuïteit” alsook de “ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”; dat verzoekende partijen -hun zeven bladzijden middeltoelichting samengevat- daartoe in essentie betogen hetgeen volgt :

- de overheid is op grond van artikel 110, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 verplicht elke offerte die afwijkt van essentiële bestekbepalingen, zoals volgens artikel 89 de technische specificaties, af te wijzen als substantieel onregelmatig
- te dezen zijn de technische bepalingen b21.10.1 1b, c, g, h, 1, m, p en q en de overeenstemmende posten in de beschrijvende opmetingstaat essentiële bestekbepalingen doordat zij de uitvoeringswijze van de opdracht vastleggen, namelijk bepalen welke gronden dienen afgevoerd naar een klasse I stortplaats respectievelijk een reinigingscentrum en op grond van welke vermoedelijke hoeveelheden de eenheidsprijzen dienen berekend
- de offerte van de gekozen inschrijver wijkt daarvan af aangezien voorgesteld wordt alle grond af te voeren naar een reinigingscentrum
- aldus wordt afgeweken van de voorziene uitvoeringswijze, namelijk deels afvoer naar een stortplaats klasse I en deels naar een reinigingscentrum en zijn voor de overeenstemmende posten niet de vereiste twee prijzen ingevuld maar telkens dezelfde prijs
- anders dan geoordeeld door de afdeling overheidsopdrachten en gevolgd in de bestreden beslissing is het feit dat aldus de prijs artificieel werd opgesplitst over de posten en dat een eenheidsprijs wordt geboden voor afvoer naar een stortplaats klasse I terwijl in werkelijkheid alles wordt afgevoerd naar een reinigingscentrum geen schijnbare tegenstelling met de werkelijkheid aangezien aldus in werkelijkheid geen prijs wordt bepaald en ingevuld voor de posten die de afvoer van grond naar een stortplaats klasse I betreffen
- aldus wordt afgeweken van essentiële bestekbepalingen, hetgeen per definitie leidt tot onvergelykbaarheid en dus ongelijke behandeling en dus tot een substantiële onregelmatigheid waardoor het voornoemde artikel 110, § 2, geschonden is alsook de materiële motiveringsplicht
- wanneer een inschrijver ondanks het stilzwijgen ter zake in het bestek, de vermoedelijke hoeveelheden wijzigt en de prijzen daarop steunt, is zijn offerte substantieel onregelmatig

- dit is slechts anders wanneer het gaat om minimale wijzigingen of posten die in verhouding tot de andere slechts een gering aandeel hebben zodat die wijziging de eenheidsprijs en de globale prijs kennelijk niet kan beïnvloeden
- te dezen werd de vermoedelijke hoeveelheid van de posten 65 (2800 m³), 70 (2000 m³), 75 (3000 m³) en 79 (2000 m³) herleid tot nul omdat men oordeelde dat deze afvoer naar een stortplaats klasse I in feite niet moet worden uitgevoerd wat de offerte onvergelijkbaar maakt aangezien daarvoor in feite, anders dan alle andere inschrijvers, een prijs wordt geboden voor afvoer naar een reinigingscentrum wat onvergelijkbaar is met afvoer naar een stortplaats klasse I alleen al omwille van de dan verschuldigde milieuheffing
- de acht posten inzake grondafvoer zijn ook van groot belang voor de prijsbepaling aangezien het bestuur de financiële impact van de posten inzake grondwerk (63 tot en met 79) raamt op 55 % van de totale aanbestedingssom
- in de bestreden beslissing wordt ten onrechte aangenomen dat niet wordt afgeweken van de technische bepalingen van het bestek, nu deze voorschrijven dat een bepaalde hoeveelheid feitelijk moet worden afgevoerd naar een klasse I stort en een andere bepaalde hoeveelheid feitelijk naar een reinigingscentrum, zodat de inschrijvers ook verplicht zijn om prijzen op te geven overeenkomstig deze uitvoeringswijze zeker wanneer deze gegrond is op meerdere milieuhygiënische studies
- een offerte kan terecht strijdig worden geacht met substantiële technische bepalingen wanneer voor een bepaald gedeelte geen eenheidsprijzen worden geboden met het argument dat de daaraan verbonden prestaties niet zouden moeten worden uitgevoerd aangezien het bestuur niet alleen meester is van de te bereiken doeleinden maar ook van de aan te wenden middelen of uitvoeringswijze
- het continuïteitsbeginsel ten slotte is te dezen geschonden doordat dezelfde aanbestedende overheid, in het kader van het herbouwen van de Zeebergbrug te Aalst op grond van vergelijkbare bestekbepalingen, besliste tot onregelmatigheid van de offerte omdat een afwijkende uitvoeringswijze voor de afvoer van grond werd voorgesteld, namelijk naar een reinigingscentrum in plaats van naar een klasse I stort zoals in het bestek voorgeschreven;

1.2. Overwegende dat inzake de uit te voeren grondwerken binnen het project in de opmetingsstaat in het kader van de uitgravingen onder meer een onderscheid gemaakt wordt tussen de partij grond die naar een grondreinigingscentrum moet worden gebracht (posten 64, 69, 74 en 78, met

respectievelijk 6000, 6000, 9000 en 5000 m³ grond als VH) en de partij grond die naar een erkende stortplaats van klasse I moet worden gebracht (posten 65, 70, 75 en 79, met respectievelijk 2800, 2000, 3000 en 2000 m³ grond als VH); dat dit onderscheid ook gemaakt is in de corresponderende bepalingen b21.10.11b, g, 1 en 1 en p resp. b21.10.11 c, h, m en q van de technische specificaties van het bestek waarbij het telkens gaat om gronden met nummer 929 volgens het uitgevoerd milieuhygiënisch onderzoek en het daarbij horend en conform verklaard technisch verslag; dat zulks er op het eerste gezicht zou kunnen op wijzen dat deze uitvoeringswijze essentieel is; dat het volgens de bepaling betreffende die gronden in het bestek (blz. 55) gaat om uitgravingsgronden waarvan gezegd wordt :

“het nummer 929 : deze uitgravingsgronden [...] dienen verwijderd buiten de werf en vervoerd naar (en dit in functie van de gekende vervuiling van deze gronden -zie milieuhygiënisch onderzoek) ofwel een klasse I stortterrein ofwel naar een voor deze gronden gepaste reinigingsinstallatie, dit alles volgens het ketenzorgsysteem. In functie van de plaats van bestemming (vrij te kiezen door de aannemer) van deze grondspecie -kwaliteit 929- (bv. een stort klasse I, een gepast grondreinigingscenter, -dit alles volgens de gekende vervuiling, enz...) dient deze afvoer zover als mogelijk via de waterweg te gebeuren, dit, tot een aan overslagplaats (waar met akkoord van de aanbestedende dienst mag aangemeerd worden) gelegen het dichtst bij deze plaats van bestemming”;

dat daarin een passage de vrije keuze vermeldt van een plaats van bestemming hetgeen lijkt mee te brengen dat het in de opmetingsstaat gemaakte onderscheid tussen te reinigen en te storten grond toch niet zo essentieel is als de verzoekende partijen menen en dat veeleer een afvoer van deze gronden conform de geldende milieuregels vooropstaat; dat die conclusie des te meer lijkt te gelden nu het administratief dossier de voornoemde e-mail van 22 juni 2004 aan de afdeling Bovenschelde bevat van de NV ABO, die volgens de nota het milieuhygiënisch onderzoek heeft uitgevoerd, met de opmerking dat er zeer grote verschillen zijn in de acceptatiecriteria van reinigingscentra en dat het nauwelijks mogelijk is een volume te kleven op grond die zou kunnen worden gereinigd en grond die dient gestort maar dat het onderscheid belangrijk is voor de prijszetting en dat, alhoewel vermoed wordt dat praktisch alle gronden zullen kunnen worden gereinigd, toch een 10.000 ton als te storten wordt voorzien met een prijs tussen 100 à 125 euro per ton; dat daarbij ook wordt vermeld dat een probleem bij de schatting van volumes is dat een klein aantal boringen instaan voor grote zones, zoals de rode zone 929, die bij GRC Kallo verwerkt kan worden maar niet bij de overige centra en dat in de praktijk de verwerker zelf nog proeven zal uitvoeren om te zien of verwerking mogelijk is of niet en dat zeker rekening houdend met de grote volumes het mogelijk is dat reinigingscentra deze gronden alsnog aanvaarden;

Overwegende voorts dat, zelfs in de veronderstelling dat het bestek een bepaalde uitvoeringswijze voor het afvoeren van uitgegraven grond met kwaliteit 929 verplicht zou hebben gesteld, op het eerste gezicht nog mocht geoordeeld worden dat de inschrijving van de THV MBG - Ghent-Dredging voldeed aan de technische specificaties aangezien het GRC Kallo eveneens instaat voor het eventueel storten van uitgegraven grond zodat er slechts schijnbaar in de offerte geen onderscheid werd gemaakt tussen grond bestemd voor een reinigingscentrum en grond bestemd voor een stort klasse I terwijl deze inschrijver formeel geen hoeveelheden gewijzigd lijkt te hebben in de opmetingsstaat en de VH te storten grond niet volledig tot nul lijkt teruggebracht; dat alleen eerst alle grond naar het GRC Kallo wordt gebracht waar na analyse wordt geoordeeld wat gereinigd kan worden en wat naar een stort klasse I moet worden gebracht, hetgeen begrepen is in de prijs; dat die werkwijze niet lijkt uitgesloten in het bestek en evenmin de offertes onvergelijkbaar lijkt te maken nu de opgegeven prijs van 83,80 euro/m³ gesteund is op een totaalprijs geboden door het GRC Kallo, die door het bestuur niet als abnormaal werd beschouwd, wat de verzoekende partijen inhoudelijk ook niet lijken te betwisten; dat overigens verzoekende partijen zelf een prijs bieden die niet veel hoger ligt;

Overwegende dat de vergelijking met de beslissing van de Vlaamse minister van Mobiliteit, Openbare werken en Energie van 20 juni 2003 betreffende de gunning van de opdracht “Dender te Aalst. Herbouwen van de Zeebergbrug”, waarin de offerte van de NV Hye onregelmatig werd verklaard wegens afwijking van de uitvoeringswijze niet lijkt op te gaan alleen al omdat in het aldaar toepasselijke bestek uitdrukkelijk was bepaald dat de aannemer de uitgegraven gronden naar een stortplaats klasse I moest voeren (blz. 92 bestek 16EGGE/02/08) en anders dan in het voorliggende bestek de inschrijvers geen keuze werd gelaten tussen afvoer naar een stort of een reinigingscentrum;

Overwegende aldus dat de verwerende partij de bestekbepalingen betreffende de bestemming van de afgegraven gronden niet op een dergelijke wijze lijkt te hebben geïnterpreteerd en toegepast, dat zulks is gebeurd met schending van de in het middel geschonden geachte bepalingen en beginselen; dat het middel niet ernstig is;

2.1. Overwegende dat de verzoekende partijen in een tweede middel de schending inroepen van de artikelen 96, § 2 en 110, § 2, tweede lid, van het

voormelde koninklijke besluit van 8 januari 1996 en van het gelijkheidsbeginsel doordat de offerte van de THV MBG - Ghent Dredging regelmatig werd bevonden ook al werden de vermoedelijke hoeveelheden van acht posten, die samen 55 % van de aannemingssom uitmaken, “drastisch verbeterd” zonder dat de daarvoor geëigende procedure werd gevolgd, terwijl de aanpassing van vermoedelijke hoeveelheden door artikel 96, § 2, enkel toegestaan is wanneer dit in het bestek uitdrukkelijk is toegestaan, wat te dezen niet het geval is voor de posten 64, 65, 69, 70, 74, 75, 78 en 79 die werden gewijzigd door ze hetzij tot nul te herleiden (posten 65, 70, 75 en 79) hetzij te verhogen met 2800 m³, 2000 m³, 3000 m³ en 2000 m³ voor posten 64, 69, 74 en 78 en terwijl tevens niet de door artikel 96, § 2, vereiste verantwoordingsnota werd bijgevoegd maar integendeel in de offerte de indruk werd gewekt dat het telkens ging om de prijs voor afvoer naar een stort klasse I of een reinigingscentrum zodat artikel 110, § 2, geschonden werd door de offerte om deze reden niet onregelmatig te achten alhoewel het bestuur een offerte op basis van artikel 110, § 2, onregelmatig kan achten indien zij niet in overeenstemming is met bepalingen van titel VI, dus artikel 96, mogelijkheid die een verplichting wordt wanneer die miskennenng zoals te dezen de vergelijkbaarheid van de offertes onmogelijk maakt zoals blijkt uit het eerste middel;

2.2. Overwegende dat in de huidige stand van het geding aangenomen mag worden dat, zoals de verwerende partij betoogt, formeel de vermoedelijke hoeveelheden van deze posten door de THV MBG-Ghent-Dredging niet werden gewijzigd, zodat ook geen verantwoordingsnota vereist was; dat voorts, zelfs indien uiteindelijk na analyse van de grond door het GRC Kallo blijkt dat minder grond dan de VH in de opmetingsstaat voorzien gestort moet worden, zoals blijkens de prijsverantwoording waarschijnlijk is, zulks geen invloed lijkt te hebben op de totaalprijs van de betrokken posten aangezien deze voor die posten identiek is, want gebaseerd op de prijs geboden door het GRC Kallo, prijs die ook het storten dekt, hetgeen evenmin de vergelijkbaarheid der offertes lijkt aan te tasten; dat dan ook niet lijkt te zijn aangetoond dat de beweerde relatieve onregelmatigheid te dezen door het bestuur gehanteerd had moeten worden om de kwestieuze offerte te weren; dat dienvolgens het middel niet ernstig is;

3.1. Overwegende dat in het derde middel de schending ingeroepen wordt van artikel 110, § 3, samen genomen met 110, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 omdat werd overgegaan tot prijscontrole van de posten 64, 65, 69, 70, 74, 75, 78 en 79 en de verstrekte verantwoording werd

aangenomen terwijl het bestuur deze verantwoording had moeten verwerpen aangezien krachtens artikel 110, § 3, in samenhang met artikel 110, § 2, slechts die prijsverantwoording in aanmerking mag worden genomen die steunt op objectieve factoren zoals zuinigheid van het procédé of de gekozen technische oplossing of gunstige werkomstandigheden, op voorwaarde dat deze toegestaan zijn door het bestek, terwijl te dezen voor het grondverzet dat 55 % van de aannemingssom uitmaakt, wordt rekening gehouden met een “totaalreiniging” hoewel het bestek een gesplitste afvoer voorschrijft op basis van een preliminair onderzoek door een bodemsaneringsdeskundige waarbij zonder afdoende motivering wordt geponeerd dat het voorgestelde procédé haalbaar is;

3.2. Overwegende dat in wezen in dit middel de grieven uit het eerste middel hernomen worden door te stellen dat de prijsverantwoording niet had mogen worden aangenomen nu zij uitgaat van een van het bestek afwijkende uitvoeringswijze, namelijk volledige reiniging in plaats van de opsplitsing tussen te reinigen en te storten grond; dat in zoverre hierboven werd vastgesteld dat het eerste middel niet ernstig is, zulks op dat punt ook geldt voor het derde middel; dat voorts tevens door het bestuur wordt gezegd waarom het procédé haalbaar wordt geacht, namelijk door verwijzing naar de voorgelegde verklaring van GRC Kallo, waarbij de verzoekende partijen niet aantonen dat dit oordeel in feite of in rechte onzorgvuldig zou zijn, zeker niet aangezien eerder reeds NV ABO het bestuur wees op het feit dat bepaalde reinigingscentra zoals GRC Kallo waarschijnlijk de grond nr. 929 volledig zouden kunnen reinigen; dat het derde middel niet ernstig is;

4.1. Overwegende dat in het vierde middel de schending wordt ingeroepen van “de formele motiveringswet en de materiële motiveringsplicht” omdat zonder meer wordt geponeerd dat de voorgestelde werkwijze om alle grond van het type 929 te doen reinigen haalbaar is, terwijl het bestuur -al aannemend dat het gerechtigd was met die alternatieve werkwijze rekening te houden- in ieder geval had moeten motiveren waarom zij meent dat alternatief voorstel, dat indruist tegen de technische bestekbepalingen en de vaststellingen van het technisch milieuhygiënisch verslag, in het licht van dat bestek en die onderzoeken, toch te kunnen aannemen, terwijl zij het ter zake door de afdeling Overheidsopdrachten gemaakte voorbehoud afwimpelt met een loutere affirmatie dat bevestigend geantwoord kan worden op de vraag of een bijna volledige reiniging haalbaar is en uit niets blijkt waarom het bestuur meent dat dit alternatief voorstel toch haalbaar

is zodat ook niet kan worden nagegaan of deze motieven, voor zover ze al bestaan, in feite juist en in rechte aanvaardbaar zijn;

4.2. Overwegende dat de motivering in de bestreden beslissing, teneinde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; dat die motivering afdoende moet zijn ten einde een 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;

Overwegende dat in het aanbestedingsverslag gesteld wordt hetgeen volgt :

“Op de vraag van de afdeling overheidsopdrachten in hoeverre het haalbaar is om bijna de volledige partij grond te reinigen kan bevestigend geantwoord worden : quasi de volledige hoeveelheid verontreinigde grondspecie kan met de reinigingstechnieken waarover GRC te Kallo beschikt, gereinigd worden. Tussen de laagste inschrijver en GRC is overeengekomen dat het niet-reinigbaar gedeelte op kosten van GRC naar een stort klasse I zal afgevoerd worden. Bijgevolg is de offerte van de THV MBG n.v. -Dredging international n.v. ook op dit vlak regelmatig”;

dat deze overwegingen betreffende een technische vraag lijken te volstaan als de rechtens vereiste uitdrukkelijke motivering betreffende die vraag; dat de verzoekende partijen daarmee in staat zijn gesteld om dit motief te beoordelen en eventueel te betwisten; dat overigens door eveneens schending van de materiële motiveringsplicht in te roepen de verzoekende partijen zulks ook hebben gedaan;

Overwegende dat wat dan die materiële motiveringsplicht betreft, de verzoekende partijen weinig meer lijken te doen dan te stellen dat de aangehaalde overwegingen een “nietszeggende affirmatie” zijn en er geen “daadwerkelijk” onderzoek is geweest of althans dat dit uit niets blijkt; dat de verzoekende partijen op het eerste gezicht niet kunnen worden gevolgd in die stelling; dat immers alvast de NV ABO, die belast was met het milieudeskundig onderzoek, heeft aangegeven dat bepaalde reinigingscentra bijna alle grond zouden kunnen reinigen en daarbij juist wees op het GRC Kallo; dat de aangehaalde overwegingen aldus meer lijken te zijn dan loutere affirmaties; dat het middel niet ernstig is;

5.1. Overwegende dat in een vijfde en laatste middel de schending wordt ingeroepen van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de

overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, omdat uit de eerste vier middelen blijkt dat de offerte van de THV MBG - Dredging International onregelmatig had moeten worden verklaard waardoor de THV HYE - Ghent Dredging de laagste regelmatige inschrijving had nu door het bestuur ter zake bij deze laatste offerte geen “regelmatigheidskritiek” werd aangenomen;

Overwegende dat dit middel zonder grondslag lijkt aangezien de voormelde vier middelen niet ernstig zijn bevonden; dat het dienvolgens zelf niet ernstig is;

6. Overwegende dat geen van de middelen ernstig is; dat aldus aan de tweede van de in artikel 17, § 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen, niet is voldaan; dat die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Dredging International en de NV Aannemingsmaatschappij CFE, in het administratief kort geding wordt afgewezen.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing, bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor de helft.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 250 euro, komen ten laste van de NV Dredging International en de NV Aannemingsmaatschappij CFE, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op een maart 2005, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.