

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 224.688 van 17 september 2013
in de zaak A. 209.879/XII-7437**

In zake:

1. de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL
2. de NV DREDGING INTERNATIONAL
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
‘Verdieping H4H’
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Jan Bouckaert en
Nathanaëlle Kiekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 augustus 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van onbekende datum van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot handhaving en aanvulling van het Bestek B10133 betreffende de openbare aanbesteding voor aanneming van werken ‘Verdiepingsbaggerwerken Antwerpse dokkencomplex Rechteroever 4^{de} Havendok’, waarvan [de nv Ondernemingen Jan De Nul en de nv Dredging International] kennis hebben gekregen naar aanleiding van het Terechtwijzend Bericht nr. 2 [...], gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen d.d. 14 augustus 2013”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 september 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Pieter van den Heede loco advocaat Jan Bouckaert, Nathanaëlle Kiekens en Peter Wytinck, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met betrekking tot verdiepingsbaggerwerken ter hoogte van het Antwerpse dokkencomplex “Rechteroever 4e havendok” met het oog op meer diepgang voor de scheepvaart.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 15 mei 2013.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek B10133 ‘Verdiepingsbaggerwerken Antwerpse dokkencomplex Rechteroever 4de havendok’. De opdracht wordt gegund via openbare aanbesteding.

Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven in het bestek:

“De aanneming heeft als doel het uitvoeren van verdiepingsbaggerwerken in het Antwerpse dokkencomplex rechteroever met het oog op meer diepgang voor scheepvaart.

De totale opdracht van dit bestek heeft als doel om steiger 281 in het 4de havendok in de haven bereikbaar te maken voor zeeschepen met een diepgang van 14 m (zie plan): De verdiepingswerken naar steiger 281 in het 4de havendok zijn noodzakelijk omdat de steiger 281 een upgrade onderging om zeeschepen met een grotere diepgang te kunnen ontvangen. De steiger is in exploitatie door ATPC (Antwerp Processing Company). De opdracht omvat in hoofdzaak baggerwerkzaamheden van verontreinigde baggerspecie. De baggerspecie dient milieuvriendelijk gebaggerd en verwijderd te worden.

De gebaggerde specie wordt eigendom van de aannemer. De aannemer staat in voor het bekomen van alle noodzakelijke vergunningen en certificaten in het kader van de afvoer van de baggerspecie. Hij kan hiervoor desgewenst gebruik maken van de toelating van het Havenbedrijf voor transport van de baggerspecie naar De Slufter, die momenteel in aanvraag is, van zodra deze wordt toegekend”.

3.4. Op 19 juli 2013 wordt in het Bulletin der Aanbestedingen een eerste terechtwijzend bericht gepubliceerd met betrekking tot de opdracht waarbij onder meer punt 1.3 ‘voorwerp van de opdracht’ in het bestek wordt aangevuld als volgt:

“Aan deze toelating is een bergingsovereenkomst met De Slufter verbonden, die als bijlage aan het bestek wordt gevoegd. Indien de aannemer gebruik maakt van de bedoelde toelating verbindt hij zich ertoe om de bepalingen van de bedoelde bergingsovereenkomst integraal na te leven. Dit betekent onder meer dat hij zich ertoe verbindt om de vermelde betalingsovereenkomst met Havenbedrijf Rotterdam N.V. af te sluiten, alsook om de vermelde algemene acceptatie- en operationele leveringsvoorwaarden en het acceptatieprotocol na te leven. Hij verbindt er zich eveneens toe om het Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde

bergingsovereenkomst met Havenbedrijf Rotterdam N.V. niet correct nageleefd wordt”.

3.5. Volgens het relaas in de nota, diende het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen op 26 juni 2013 een kennisgevingsdocument voor grensoverschrijdende afvaloverbrenging in bij de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna: OVAM) met het oog op het verkrijgen van een toelating voor transport van baggerspecie naar De Slufter te Rotterdam zodat de inschrijvers eventueel gebruik kunnen maken van deze toelating zoals voorzien in het bestek.

Deze toelating van OVAM wordt verkregen op 5 augustus 2013. Op 6 augustus 2013 wordt ook toestemming verkregen van de Nederlandse autoriteiten.

3.6. Op 14 augustus 2013 wordt een tweede terechtwijzend bericht ‘TWB2’ gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen waarin melding wordt gemaakt van voormelde toestemmingen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. De openingszitting vindt volgens de nota plaats op 26 augustus 2013. Er worden drie offertes ingediend:

- 1) de nv Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf, 2.668.800,00 euro,
- 2) de thv ‘Verdieping H4H’, 6.413.200,00 euro,
- 3) de nv Aannemingsbedrijf Aertssen, 6.921.888,37 euro.

De offertes zijn thans in onderzoek.

3.8. Op 21 augustus 2013 werd tevens een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld bij de Raad van State door nv DEME Environmental Contractors en nv Envisan tegen de tenuitvoerlegging van de

beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 houdende toestemming voor de betrokken grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen is tussengekomen in die procedure. Bij arrest nr. 224.496 van 23 augustus 2013 werd deze vordering verworpen bij gebrek aan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie

4. Verwerende partij betwist in een exceptie het belang van verzoekende partijen bij de vordering, aangezien het aangevochten terechtwijzend bericht 'TWB2' voor hen niet griefhoudend is aangezien een eventuele schorsing van de tenuitvoerlegging of vernietiging van dit terechtwijzend bericht niet zou verhinderen dat op grond van het bestek een offerte gesteund op transport van de baggerspecie naar De Slufter toch door de aanbestedende overheid in aanmerking moet worden genomen.

Beoordeling

5. Met het bestreden terechtwijzend bericht nr. 2, zoals gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 augustus 2013 deelt verwerende partij aan de geïnteresseerde kandidaat-inschrijvers mee:

“Bijgevoegd vindt u de toelating voor grensoverschrijdend transport van baggerspecie naar De Slufter, zijnde de beslissingen aangaande kennisgeving BE001003673 van OVAM van 5 augustus 2013 en van de Nederlandse staatssecretaris van infrastructuur en milieu van 6 augustus 2013 (bijlagen 1 en 2). Indien de aannemer gebruik maakt van de bedoelde toelating:

- verbindt hij zich ertoe om zelf in te staan voor het vervullen van alle voorwaarden die uitdrukkelijk of impliciet in de toelating zijn vermeld, zoals onder meer de verplichte registratie van de vervoerder van afvalstoffen alsook de voorwaarden van art. 16 van de Verordening (EG) 1013/2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen aangaande de voormeldingen van de transporten en de bij elke overbrenging te vervullen formaliteiten; de aannemer verbindt zich er eveneens toe om het

Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde voorwaarden niet correct nageleefd worden; de aannemer voegt bij zijn inschrijving een verklaring waarin hij uitdrukkelijk de genoemde verbintenissen ten aanzien van het Havenbedrijf aangaat;

- dient hij het totale bedrag van de milieuheffingen op grond van art. 48, §2, 17° van het Afvalstoffendecreet dat ingevolgde de bedoelde transporten verschuldigd is (zie de laatste paragraaf van de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013), in de prijs vermeld in de offerte op te nemen; het tarief van de milieuheffing (niet-compenserend tarief) bedraagt EUR 0,12 per ton (zie het e-mailbericht van OVAM van 13 augustus 2013 - bijlage 3).

Hierbij dient opgemerkt te worden dat de identiteit van de geplande vervoerder, zoals weergegeven op het kennisgevingsdocument dat goedgekeurd werd door de Nederlandse staatssecretaris van infrastructuur en milieu (zie bijlage ...), slechts voorlopig en uitsluitend met het oog op het doorlopen van de kennisgevingsprocedure werd ingevuld, de identiteit van de werkelijke vervoerder zal aan de bevoegde autoriteiten worden gemeld, van zodra deze desgevallend bij het gunnen van de huidige opdracht bekend zal zijn.

De aanbestedingsdatum blijft behouden”.

6. Overeenkomstig het ook door verwerende partij in haar executie betrokken artikel 65/15, samen gelezen met artikel 65/14 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ kan de verhaalinstantie de “beslissingen van aanbestedende instanties”, vernietigen of schorsen op verzoek van elke persoon “die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te bekomen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld”.

Een verzoekende partij lijkt aldus belang te kunnen hebben bij een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging of nietigverklaring van een beslissing tot vaststelling van besteksbepalingen, zoals in het geval dat de beslissing tot vaststelling van deze bepalingen een verzoekende partij verhindert deel te nemen aan de opdracht of haar op enige wijze benadeelt bij het indienen van een offerte. De vraag rijst of verzoekende partijen, die een dergelijke vordering hebben aangebracht, van dergelijk belang doen blijken.

7. Verzoekende partijen benadrukken uitdrukkelijk in hun verzoekschrift dat de gevraagde schorsing slechts betrekking heeft op het terechtwijzend bericht nr. 2 en niet op de overige bepalingen van het toepasselijke bestek B10133.

Zij verduidelijken hun belang in het verzoekschrift als volgt:

“De mogelijke toewijzing van de opdracht aan [verzoekende partijen] wordt evenwel in het gedrang gebracht door de onwettige mogelijkheid gecreëerd in het bestek om baggerspecie afkomstig van het vierde havendok af te voeren naar en te deponeren in het depot van De Slufter in Rotterdam. Ter vrijwaring van dit belang zijn verzoekende partijen dan ook genoodzaakt om de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tegen het terechtwijzend bericht nr. 2 op te starten. Door de bij de OVAM aangevraagde toelating om de vervuilde baggerspecie grensoverschrijdend te transporteren, wordt immers de mogelijkheid gecreëerd dat inschrijvers de baggerspecie niet in verwerkingsinstallaties zullen verwerken, maar wel de baggerspecie – dan nog tegen dumpingprijzen – zullen kunnen deponeren in het depot van De Slufter [...] Het mogelijk mislopen van de opdracht aan een concurrent die gebruik maakt van een onwettige uitvoeringswijze treft dan ook de activiteiten van verzoekende partijen, zodat moet worden aangenomen dat verzoekende partijen over een voldoende belang beschikken”.

8. Verzoekende partijen steunen aldus hun belang op een uitgangspunt dat niet correct is, namelijk de zogenoemde “onwettige mogelijkheid” of “onwettige uitvoeringswijze” die gelegen zou zijn in het met toelating mogen storten in het depot van De Slufter.

Het is immers niet aangetoond dat deze mogelijkheid om de baggerspecie af te voeren niet rechtmatig is: de bestuursbeslissingen waarop ze is gesteund, genieten het vermoeden van legaliteit.

9. Voorts was de betrokken uitvoeringsmogelijkheid reeds vervat in het bestek zoals het werd vastgesteld en bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen: in het bestek, zoals bekendgemaakt op 15 mei 2013, werd immers uitdrukkelijk onder punt “1.3. Voorwerp” reeds bepaald:

“De gebaggerde specie wordt eigendom van de aannemer. De aannemer staat in voor het bekomen van alle noodzakelijke vergunningen en certificaten in het kader van de afvoer van de baggerspecie. Hij kan hiervoor desgewenst gebruik maken van de toelating van het Havenbedrijf voor transport van de baggerspecie naar De Slufter, die momenteel in aanvraag is, van zodra deze wordt toegekend”.

Die uitvoeringsmogelijkheid vloeit ook voort uit de verleende toelating zelf, te weten de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013. Noch dat bestek, noch die toelating zijn door verzoekende partijen aangevochten, ook niet in huidige procedure, laat staan dat ze door een rechter onrechtmatig zijn bevonden.

De betrokken uitvoeringsmethode vindt dus niet haar oorsprong in het aangevochten terechtwijzend bericht nr. 2 dat, in tegenstelling tot wat verzoekende partijen doen gelden, geen nieuwe en tweede uitvoeringswijze voor de opdracht in het bestek heeft ingeschreven.

In dat bericht wordt daarentegen in hoofddorde enkel kennis gegeven van het verkrijgen van de toelating voor vervoer van de baggerspecie en worden er voorts verbintenissen omschreven die gepaard gaan met het eventuele gebruik van die toelating.

10. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat een schorsing van de bestreden beslissing op het eerste gezicht de door verzoekende partijen vooropgestelde benadeling, geëist door voormelde wetsbepalingen, niet kan wegnemen. Immers, de toelating tot het transport werd bij beslissing van 5 augustus 2013 van OVAM toegekend. Op grond van de bepaling 1.3. uit het bestek lijkt het aldus mogelijk voor inschrijvers, die zelf niet over de vereiste vergunningen beschikken, om een offerte in te dienen, waarbij gebruik gemaakt wordt van de toelating voor grensoverschrijdend transport van het gebaggerde slib. Het terechtwijzend bericht nr. 2 heeft op het eerste gezicht geen decisieve invloed op de mogelijkheid een dergelijke offerte in te dienen, en gelet op het vermoeden van rechtmatigheid dat kleeft aan bestek en toelating, lijkt het terechtwijzend beticht geen beletsel voor de

aanbestedende overheid om opdracht op rechtmatige wijze te gunnen aan een inschrijver die kiest voor de uitvoeringsmethode om te storten in De Slufter.

Het door verzoekende partijen in hun verzoekschrift omschreven belang lijkt dan ook niet gediend te kunnen worden door de gevorderde schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het terechtwijzend bericht nr. 2, dat voormeld handelen van de aanbestedende overheid niet zou tegengaan.

11. Verzoekende partijen tonen voorts ook niet aan welke benadeling zou worden verhinderd bij de schorsing van de beslissing tot het opnemen van de verbintenissen in het bestek, zoals meegedeeld in het terechtwijzend bericht nr. 2.

Een eventuele schorsing van de beslissing tot vaststelling van deze verbintenissen, lijkt in ieder geval niet te kunnen steunen op het belang van verzoekende partijen zoals zij dit in hun verzoekschrift omschreven. Dergelijke schorsing zou immers slechts zijn weerslag kunnen hebben op het opnemen van de betrokken verbintenissen maar zou op het eerste gezicht de mogelijkheid voor concurrerende inschrijvers om gebruik te maken van de toelating voor buitenlands transport, die reeds opgenomen was in het oorspronkelijk bestek, alsook het bestaan van de toelating zelf, ongemoeid laten.

12. In de besproken mate vertoont de door verwerende partij aangevoerde exceptie in hoofde van verzoekende partijen een voldoende mate van ernst om te worden aangenomen in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. De exceptie wordt aanvaard en de vordering is bijgevolg niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 september 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Dierk Verbiest