

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.728 van 5 december 2013
in de zaak A. 210.591/XII-7495**

In zake:

1. de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL
2. de NV DREDGING INTERNATIONAL
samen vormend de THV VERDIEPING H4H
3. de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
4. de NV ENVISAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, 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,
Nathanaëlle Kiekens en Rozanne Vander Hulst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de OPENBARE VLAAMSE
AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Bronders
kantoor houdend te 8400 Oostende
Archimedesstraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

2. de NV HAVENBEDRIJF ROTTERDAM,
vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Hofströssler, Audrey Baeyens en
Hans Plancke
kantoor houdend te 1050 Brussel

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 oktober 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 14 oktober 2013 van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen, ter kennis gebracht bij aangetekend schrijven d.d. 15 oktober 2013 [...], tot gunning van de opdracht ‘Verdiepingsbaggerwerken Antwerpse dokkencomplex Rechteroever 4de Havendok’ op basis van het Bestek B10133, aan inschrijver Martens & Van Oord en derhalve niet aan de THV Verdieping H4H (‘bestreden beslissing’), alsook van de daarmee onderliggende samenhangende voorbeslissingen, zijnde het tekstfragment op pagina 2 van het Bestek B10133 ‘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’, alsook het Terechtwijzend bericht nr. 1 d.d. 19 juli 2013 en het Terechtwijzend bericht nr. 2 d.d. 14 augustus 2013 in zoverre die teksten uitwerking vinden in gevolge de gunningsbeslissing van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen (‘bestreden voorbeslissing’).”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met afzonderlijke verzoekschriften van 21 november 2013 hebben de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij en de nv Havenbedrijf Rotterdam gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Met toepassing van artikel 90, § 1, vierde lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, is de zaak verwezen naar een kamer met drie leden.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 november 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden en Matthias Stinissen, die loco advocaat Bob Martens verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten David D’Hooghe, Jan Bouckaert, Nathanaëlle Kiekens, Rozanne Vander Hulst en Peter Wytinck, die verschijnen voor de verwerende partij, advocaat Clive Rommelaere, die loco advocaat Bart Bronders verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, en advocaten Patrick Hofströssler en Audrey Baeyens, die verschijnen voor de tweede tussenkomende 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 opdracht 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 met de procedure van de openbare aanbesteding.

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

“Deze aanneming heeft als doel het uitvoeren van verdiepingsbaggerwerken in het Antwerpse dokkencomplex rechtoever 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 terechtwijzend bericht (hierna ook: TWB) gepubliceerd met betrekking tot de opdracht waarbij “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. Op 26 juni 2013 had het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen een kennisgevingsdocument voor grensoverschrijdende afvaloverbrenging ingediend bij de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna: OVAM)

met het oog op het verkrijgen van een toelating voor transport van baggerspecie naar De Slufter zodat de inschrijvers desgewenst gebruik konden maken van deze toelating zoals bepaald in het bestek. Bij deze kennisgeving werd eveneens een “contract voor de overbrenging tussen EU-Lidstaten en voor invoer naar EU-Lidstaten” gevoegd alsook een “offerte” van 14 juni 2013 ondertekend door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en het Havenbedrijf Rotterdam alsook een attest van borgstelling van KBC Bank op naam van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

3.6. Bij beslissing van 5 augustus 2013 geeft OVAM toestemming voor de gevraagde overbrenging onder kennisgeving BE001003673. Op 6 augustus 2013 wordt ook toestemming verkregen van de Nederlandse autoriteiten.

3.7. Op 14 augustus 2013 wordt een tweede terechtwijzend bericht gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen waarin onder meer wordt vermeld:

“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 0,12 euro 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”.

3.8. Op 26 augustus 2013 vindt de openingszitting plaats. Er worden drie offertes ingediend:

1) de nv Martens & 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 worden onderzocht. Aan de nv Martens & Van Oord Aannemingsbedrijf wordt een prijsverantwoording gevraagd voor een aantal posten.

3.9. Er wordt een gunningsverslag opgesteld op grond waarvan op 14 oktober 2013 wordt beslist om de opdracht te gunnen aan de nv Martens & Van Oord Aannemingsbedrijf.

IV. Procedurele voorgaanden

4.1. Op 21 augustus 2013 wordt een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld bij de Raad van State door nv Deme Environmental Contractors en nv Envisan (de huidige derde en vierde verzoekende partijen) tegen de voormelde 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 wordt deze vordering verworpen bij gebrek aan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

4.2. Op 2 oktober 2013 wordt door nv Deme Environmental Contractors, nv Envisan en bijkomend ook nv Ghent Dredging een enig verzoekschrift neergelegd bij de Raad van State tot schorsing en nietigverklaring van de meer vermelde beslissing van OVAM van 5 augustus 2013. Door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen wordt in deze procedure een verzoekschrift tot tussenkomst neergelegd op 18 oktober 2013. Deze zaak is bij de Raad van State gekend onder het nummer A. 209.836/VII-38.874.

4.3. Daarvoor, op 23 augustus 2013, hadden nv Ondernemingen Jan De Nul en nv Dredging International, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap THV Verdieping H4H, – zijnde de eerste en tweede verzoekende partijen in de huidige procedure – een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend bij de Raad van State, tegen ‘de handhaving en aanvulling van het bestek’, vervat in het voormelde TWB 2. Deze vordering werd door de Raad verworpen bij arrest nr. 224.688 van 17 september 2013, omdat geen afdoende belang werd aangetoond bij die vordering tot schorsing van dat TWB 2, houdende de kennisgeving van de toelating van OVAM voor grensoverschrijdend slibtransport en de gevolgen daarvan voor de inschrijver die van die toelating gebruik zou maken.

4.4. Op 14 oktober 2013 wordt een verzoekschrift tot vernietiging van het voormelde TWB 2 bij de Raad ingediend door THV Verdieping H4H en thans ook door nv Deme Environmental Contractors en nv Envisan, allen samen de verzoekende partijen in de huidige procedure.

4.5. Ondertussen was, op 20 september 2013, het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen gedagvaard door de nv Silvamo om te verschijnen voor de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, zetelend zoals in kort geding. De nv Silvamo vorderde in deze procedure de onverbindendverklaring van de bergingsovereenkomst gesloten tussen het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en nv Havenbedrijf Rotterdam. De terechtzitting vond plaats op

7 november 2013 en de zaak blijkt door de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Antwerpen in beraad te zijn genomen.

4.6. Inmiddels diende de nv Silvamo op 16 september 2013 ook een verzoekschrift tot nietigverklaring in bij de Raad van State van “de beslissing van onbekende datum van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot het goedkeuren van de bergingsovereenkomst en het sluiten van de bergingsovereenkomst met de Haven van Rotterdam (gedateerd op 25 juni 2013), met het oog op het storten van de specie uit het project Vierde Havendok (Hansadok) te Antwerpen in het depot De Slufter, waarvan de verzoekende partij kennis heeft gekregen naar aanleiding van het Terechtwijzend Bericht nr. 1, gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen d.d. 19 juli 2013”.

Deze zaak is bij de Raad gekend onder het nummer A. 210.216/XII-7457.

V. Tussenkomsten

5.1. Met een op 21 november 2013 aangetekend verstuurd verzoekschrift vraagt OVAM om in het geding te mogen tussenkomen. OVAM nam de beslissing van 5 augustus 2013 waarvan in het eerste middel wordt aangevoerd dat deze onwettig zou zijn. De tussenkomst is bedoeld om te kunnen deelnemen aan het debat, in het bijzonder omtrent de wettigheid van haar eigen beslissing. Het lijkt raadzaam dat OVAM de ingeroepen onwettigheden kan onderzoeken en weerleggen.

Om die reden kan de tussenkomst in de huidige stand van het geding worden aanvaard, en wordt de exceptie verworpen, aangebracht ter terechtzitting door de verzoekende partijen, waarin het belang aan OVAM bij dat verzoek tot tussenkomst wordt ontzegd.

5.2. Met een op 21 november 2013 aangetekend verstuurd verzoekschrift, vraagt het Havenbedrijf Rotterdam te mogen tussenkomen in het geding. De bedoeling is deel te kunnen nemen aan het debat, in het bijzonder omtrent het eerste middel, waar de vergunningstoestand van het Havenbedrijf Rotterdam wordt

bekritiseerd en omtrent het derde middel waar de wettigheid van de met het Havenbedrijf Rotterdam gesloten bergingsovereenkomst wordt bekritiseerd.

Om die reden kan de tussenkomst in de huidige stand van het geding worden aanvaard, en wordt de exceptie verworpen, aangebracht ter terechtzitting door de verzoekende partijen, waarin het belang aan nv Havenbedrijf Rotterdam bij dat verzoek tot tussenkomst wordt ontzegd.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

De excepties

6. De verwerende partij werpt in de nota een aantal excepties op, zowel wat de tijdigheid van de vordering betreft ten opzichte van de zogenoemde voorbeslissingen, te weten het tekstfragment uit het bestek, het terechtwijzend bericht nr. 1, en het terechtwijzend bericht nr. 2, wat het belang betreft van de verzoekende partijen en inzake de impliciete weigeringsbeslissing.

7. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om deze excepties te onderzoeken en er uitspraak over te doen. Zulks zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VII. De schorsingsvoorwaarden

8. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

9. Te dezen is evenwel, zoals reeds opgemerkt, de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ nog van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partijen tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

10. De verzoekende partijen voeren de schending aan “van artikel 11, lid 1, a) en h) van Verordening (EG) nr. 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen (hierna: ‘de EVOA-Verordening’), van artikel 3, 2°, artikel 4, lid 1, e), artikel 4, lid 2, 1ste paragraaf en artikel 16 van Richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen (hierna: ‘Kaderrichtlijn Afval’), van artikel 15, lid 2 van Richtlijn 2010/75/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 inzake industriële emissies – de herschikte IPPC-Richtlijn, van artikel 3, 13°, artikel 4, §3, e) en artikel 25, 3°, a) van het decreet van

23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen ('Materialendecreet'), van artikel 4.1.3. van het Besluit van de Vlaamse Regering tot vaststelling van het Vlaams Reglement betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen ('Vlarema'), van het 'BBT-beginsel' opgenomen in artikel 30bis, §5 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 6 februari 1991 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning ('Vlarem I'), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering der bestuurshandelingen en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer specifiek de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”.

11. Zij achten deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat de verwerende partij ten onrechte toepassing maakt [...] van een onwettige beslissing van de OVAM dd. 5 augustus 2013 teneinde aan de inschrijvers toe te laten toepassing te maken van een uitvoeringsmethode waarbij de baggerspecie wordt getransporteerd en gedeponeed, tegen dumpingprijzen, in het depot De Slufter in Rotterdam;

Terwijl, eerste onderdeel, de onwettige beslissing van de OVAM verwijst naar de Eural-code voor gevaarlijke afvalstoffen (Eural-code 17 05 05) terwijl er in het aanvraagdossier van de verwerende partij alsook in de beslissing van de bevoegde autoriteit van bestemming van de baggerspecie wordt verwezen naar de Eural-code voor niet-gevaarlijke afvalstoffen (Eural-code 17 05 06);

En terwijl, tweede onderdeel, de onwettige beslissing van de OVAM zich baseert op het door haarzelf gecreëerde decisieve motief van de herkwalificatie van de over te brengen baggerspecie als gevaarlijke afvalstof alsook de motivering ‘dat de OVAM de redenering van het Antwerpse Havenbedrijf kan volgen’, zonder dat wordt toegelicht welke redenering de verwerende partij dan wel zou hebben ontwikkeld;

En terwijl, derde onderdeel, de onwettige beslissing van de OVAM de voorrang geeft aan verwijdering boven nuttige toepassing, op basis van een vermeend hoge reinigingskost;

En terwijl, vierde onderdeel, de onwettige beslissing van de OVAM de beginselen van zelfvoorziening en nabijheid als niet-absoluut terzijde heeft geschoven;

En terwijl, vijfde onderdeel, de onwettige beslissing van de OVAM voorbij gaat aan het niet ‘IPPC-proof zijn van de exploitatie en inzake de al dan niet toepassing van de best beschikbare technieken in het depot De Slufter;

Zodat de verwerende partij geen beroep kan doen op de onwettige beslissing van de OVAM om de transporten van de baggerspecie naar het depot De Slufter te faciliteren en de uitvoeringsmethode waarbij baggerspecie wordt getransporteerd naar De Slufter in Rotterdam op basis van de onwettige beslissing van de OVAM derhalve door geen enkele inschrijver kan worden vooropgesteld en gehanteerd, en deze onwettige toelating op basis van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten.

Nu blijkt dat de gekozen inschrijver Martens en Van Oord klaarblijkelijk wel toepassing zal maken van het depot De Slufter en van de onwettige toelating van de OVAM dienen de bestreden beslissingen te worden geschorst door uw Raad”.

Na deze uiteenzetting volgt nog een toelichting van twaalf bladzijden.

Beoordeling

12.1. De essentiële grief waarop het geheel middel berust lijkt de door de verzoekende partijen aangenomen onrechtmatigheid van de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013.

12.2. Voor zover de verzoekende partijen steunend op deze grief met hun eerste middel een exceptie van onwettigheid inroepen op grond van artikel 159 van de Grondwet, kan in de eerste plaats worden opgemerkt dat de aanbestedende overheid zelf als orgaan van actief bestuur bij het beoordelen van de offertes geen toepassing lijkt te kunnen maken van artikel 159 van de Grondwet en dat zij in ieder geval bij het nemen van de bestreden beslissingen diende uit te gaan van de wettigheid van de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013, als een bestuursbeslissing waaraan het vermoeden van rechtmatigheid kleeft.

12.3. Inmiddels is op 2 oktober 2013 een vordering tot schorsing en vernietiging ingesteld tegen de betrokken beslissing zodat het in beginsel niet uitgesloten is dat de Raad van State nog de onwettigheid ervan zou vaststellen,

hetgeen echter geen afbreuk doet aan de voormelde conclusie betreffende de beoordelingsonvrijheid van de aanbestedende overheid.

12.4. De vraag rijst dan of het aan de Raad van State is om reeds in huidig geding tot de vaststelling te komen dat de beslissing van OVAM onrechtmatig is.

De verzoekende partijen erkennen alvast zelf in hun verzoekschrift dat het hier besproken middel een “bijzonder (milieu)technisch middel” is, zij suggereren zelfs dat de Raad van State de bijstand zou vragen van de auditeur van de kamer van de Raad van State die belast is met de zaak A.209.836/VII-38.874, die de in het geding zijnde beslissing van OVAM als voorwerp heeft. Voorts verwijzen zij naar eventuele bijstand van enkele bij naam genoemde deskundigen die de Raad van State zouden kunnen adviseren.

Er moet inderdaad worden vastgesteld dat het middel niet alleen gesteund is op de toepassing van diverse gespecialiseerde regelgevingen inzake milieu, maar ook de beoordeling vereist van technisch complexe vraagstukken zoals betreffende de kwalificatie van een bepaalde stof als gevaarlijke afvalstof, wat mede afhankelijk blijkt van de beoordeling van meetresultaten en de al dan niet aanwezigheid van grenswaarden volgens de toepasselijke reglementering, betreffende de al dan niet aanwezigheid van bergingscapaciteit dan wel verwerkingscapaciteit voor met Tributyltin vervuild baggerspecie in Vlaanderen, en ten slotte betreffende de vergunningensituatie van een buitenlandse inrichting.

Voorts lijkt op het eerste gezicht ook te moeten worden vastgesteld dat de beslissing waarvan de verzoekende partijen de onrechtmatigheid aanvoeren, genomen werd door OVAM, die inzake de betrokken milieutechnische materie als deskundig mag worden beschouwd.

Zonder deskundige bijstand is daarom de Raad van State niet, zeker niet *prima facie*, bij machte om de aangevoerde grieven te beoordelen.

Nog los van de vraag of de aanstelling van een deskundige in de contraintes van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de huidige in te passen is, ligt te dezen ook nog het gegeven voor dat een analoog middel als het hier besprokene is aangevoerd voor de Raad van State in een gewone schorsingsprocedure – de voormelde zaak onder nummer A. 209.836/VII-38.874. Het lijkt niet raadzaam dat het middel zoals hiervoor geschetst in zijn bijzondere problematieken, wordt beoordeeld in de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, waar de mogelijkheden tot verweer van verwerende en tussenkomende partijen beperkt zijn en ook een aan de partijen medegedeeld auditoraatsverslag ontbreekt, terwijl het middel in een eerstkomende tijd in de gewone schorsingsprocedure aan een debat tussen de partijen kan worden onderworpen, ditmaal met betrokkenheid van een auditoraatsverslag, op voorhand bekend aan partijen waarin mogelijks een breder onderzoek dan te dezen mogelijk was.

Om al de voorafgaande redenen leent het middel zich niet tot beoordeling in de onderhavige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

13. De verzoekende partijen voeren de schending aan “van artikel 39, §1 van de wet Overheidsopdrachten, artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel”.

Zij achten deze rechtsnormen geschonden:

“doordat, eerste onderdeel, een aanbestedende overheid weliswaar vrij kan kiezen tussen het gunnen van de opdracht middels een aanbesteding dan wel middels een offerteaanvraag, maar de keuze voor de ene of de andere procedure in redelijkheid moet te verantwoorden zijn en dat bovendien de aanbestedende overheid zich moet houden aan de gevolgen en voorschriften van de procedure die zij zelf heeft gekozen;

dat de verwerende partij te dezen beoogt de tweede opdracht te gunnen middels een aanbesteding, maar in de opdrachtdocumenten, zonder onderscheid, wordt voorzien in twee geheel uiteenlopende uitvoeringsmethoden voor de uitvoering van de tweede opdracht, met name enerzijds het verwerken van de baggerspecie in verwerkingsinstallaties en het voorzien in eigen bergingsplaatsen van de baggerspecie en anderzijds het afvoeren van de baggerspecie naar het depot de Slufter te Nederland en het daar deponeren van de baggerspecie;

terwijl, bij een aanbestedingsprocedure de prestaties die in het bestek dienen te geschieden zeer nauwgezet en gedetailleerd dienen te worden beschreven waarbij er geen ruimte is om verschillende uitvoeringsmethoden naast elkaar op te nemen aangezien het prijs criterium het enige gunningscriterium uitmaakt en er aldus geen ruimte kan zijn voor (fel) uiteenlopende uitvoeringsmethoden in het bestek;

zodat de regels die vervat liggen in het overheidsopdrachtenrecht voor een procedure van openbare aanbesteding niet worden gevolgd, minstens dat een aanbestedingsprocedure in deze niet als een passende gunningswijze kan worden beschouwd voor de toewijzing van de tweede opdracht;

en doordat, tweede onderdeel, steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar zijn met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt;

terwijl het depot de Slufter met overheidsmiddelen van de Nederlandse overheid werd gerealiseerd en nu de toelating wordt gegeven daar tegen dumpingprijzen Vlaamse baggerspecie te storten enerzijds en de uitvoeringswijze waarbij baggerspecie naar de Slufter in Rotterdam wordt afgevoerd wordt bevoordeeld door de verwerende partij anderzijds;

zodat door het toelaten Vlaamse baggerspecie te storten in het depot De Slufter oneerlijke concurrentie tot stand wordt gebracht en dat de regels inzake staatssteun worden overtreden”.

Hierna volgen nog vier bladzijden toelichting.

Beoordeling

Eerste onderdeel

14.1. Het in het middel geschonden geachte artikel 39, §1, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen of diensten’ bepaalt:

“De overheidsopdrachten worden, naar keuze van de aanbestedende overheid, gegund bij openbare of beperkte aanbesteding, bij algemene of beperkte offerteaanvraag, al naar gelang van wat bepaald werd in de artikelen 14 tot 16, of bij onderhandelingsprocedure, omschreven in artikel 17, §1, met naleving van de bekendmakingsregels vastgelegd door de Koning”.

Artikel 15 van voormelde wet, waarnaar voormeld artikel 39, §1, verwijst, bepaalt:

“Indien de bevoegde overheid beslist de opdracht toe te wijzen dient deze bij openbare of beperkte aanbesteding toegewezen te worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende, op straffe van een forfaitaire schadeloosstelling vastgesteld op 10 pct. van het bedrag zonder belasting op de toegevoegde waarde van deze offerte. Deze forfaitaire schadevergoeding wordt aangevuld met een schadeloosstelling met het oog op het volledige herstel van de schade, wanneer deze voortvloeit uit een daad van corruptie in de zin van artikel 2 van het Burgerlijk Verdrag inzake corruptie, gedaan te Straatsburg op 4 november 1999.

Voor het bepalen van de laagste regelmatige offerte, houdt de bevoegde overheid rekening met de aangeboden prijzen en met de andere berekenbare gegevens die met zekerheid haar uitgaven zullen verhogen”.

14.2. Op het eerste gezicht tonen de verzoekende partijen niet aan hoe de bestreden beslissingen het aangehaalde artikel 39, § 1, van de wet van 24 december 1993 zouden schenden, in zoverre het te dezen de keuze voor de aanbesteding niet zou toestaan. Zij lijken zelf toe te geven dat de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten naar keuze van de overheid gegund worden bij aanbesteding of offerteaanvraag. Dit artikel lijkt op het eerste

gezicht geen voorwaarden te formuleren waarvan deze keuze voor de ene of de andere gunningswijze afhankelijk zou zijn.

De verzoekende partijen lijken niet te betogen dat de opdracht te dezen niet is gegund aan de laagste regelmatige inschrijver, maar voeren wel aan als grief dat het niet mogelijk zou zijn de laagste regelmatige inschrijver te kiezen omdat de prijzen van de offertes niet zouden kunnen worden vergeleken wegens de diversiteit van uitvoeringsmogelijkheden.

In het bestek lijken de uit te voeren werken echter op het eerste gezicht duidelijk te zijn omschreven en worden tevens technische specificaties omtrent de uit te voeren werken opgenomen, onder artikel 5.2. Tevens wordt bij het bestek een meetstaat gevoegd waarop 9 posten voorkomen die afzonderlijk omschreven worden, waaronder een post voor het “transporteren conform milieuwetgeving” (post 3) en een post voor de “verwerking en/of berging conform milieuwetgeving” (post 4).

Uit de offertes van de inschrijvers lijkt de overheid te hebben kunnen afleiden welke werken worden aangeboden, hoe die zullen worden uitgevoerd, en welke prijs de overheid daarvoor dient te betalen. Voor de posten specifiek met betrekking tot het transporteren en verwerken en/of bergen van het baggerspecie, wordt een forfaitaire eenheidsprijs gevraagd voor vermoedelijke hoeveelheden.

Op het eerste gezicht valt dan ook niet in te zien waarom de overheid niet in staat zou zijn geweest de prijzen te vergelijken. Het loutere feit dat bij het wegvoeren en verwerken of bergen van het baggerspecie -dat op dat ogenblik reeds eigendom is geworden van de aannemer- door de inschrijvers verschillende uitvoeringsmethodes -voor zover die conform zijn aan de milieureglementering- zouden kunnen worden toegepast, lijkt op zich in ieder geval op het eerste gezicht niet uit te sluiten dat de overheid bij het vergelijken van de offertes slechts rekening houdt met de kostprijs.

In de mate dat de verzoekende partijen in de toelichting bij het middel doen gelden dat de keuze voor verwerking in een lokale verwerkingsinstallatie voor de inschrijver meebrengt dat hij de kosten niet eenduidig kan vaststellen en aldus slechts een prijsvoorstel kan doen - hetgeen voor de inschrijver een risico meebrengt, dat de inschrijver die een beroep doet op De Slufter niet zou hoeven in te calculeren aangezien daar de prijzen wel eenduidig zouden vast te stellen zijn, tonen zij op het eerste gezicht niet aan dat hierdoor het gelijkheidsbeginsel zou zijn geschonden. Het stond immers alle inschrijvers vrij de uitvoeringsmethode te kiezen en dus de eventueel daaraan verbonden risico's in hun offerteprijs in te calculeren. In de mate dat de verzoekende partijen menen dat zij benadeeld zouden zijn door in te schrijven met een lokale verwerkingsinstallatie waardoor zij een kostenrisico dienden te nemen, stond het hun op het eerste gezicht vrij te kiezen voor een andere uitvoeringsmethode voor het bergen van het baggerspecie, zoals het overbrengen naar De Slufter.

Ten slotte tonen de verzoekende partijen op het eerste gezicht ook niet aan dat er een schending zou voorliggen van het gelijkheidsbeginsel doordat de aanbestedende overheid faciliterend is opgetreden ten aanzien van een uitvoeringsmethode met betrekking tot de berging van de baggerspecie, aangezien alle inschrijvers zonder onderscheid op gelijke wijze gebruik konden maken van de verkregen toelating.

14.3. Het eerste onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

15.1. In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat de verzoekende partijen zich ertoe beperken te stellen dat het depot De Slufter werd gerealiseerd door de Nederlandse overheid en gefinancierd werd met Nederlandse staatsmiddelen zonder dat zij nader aantonen dat het depot de begunstigde zou zijn van verboden staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag 'betreffende de werking van de Europese Unie'.

15.2. Wat voorts de opmerking van de verzoekende partijen betreft dat de verwerende partij de oneerlijke concurrentie mogelijk maakt door faciliterend op te treden, lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de mogelijkheid om een beroep te doen op berging in De Slufter volgt uit de daartoe verleende toelating van OVAM en de daaraan voorafgaande toelating van de bevoegde Nederlandse overheid en het akkoord van het Havenbedrijf van Rotterdam. De verzoekende partijen tonen niet aan dat dergelijke toelatingen niet zouden kunnen worden verkregen door een inschrijver ook zonder tussenkomst van de aanbestedende overheid.

15.3. Het tweede middelonderdeel is niet ernstig zodat het tweede middel in zijn geheel niet ernstig is.

C. Derde middel

Uiteenzetting

16. De verzoekende partijen voeren de schending aan “van (eerste onderdeel) de artikelen 2, 27 en 39 en de bepalingen van Boek IIbis, van de wet Overheidsopdrachten, de artikelen 43, 59, 60, dan wel de bepalingen van titel VIII van het Koninklijk Besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische rechtsgrond en (tweede onderdeel) de algemene beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie, evenals van artikel 49- zijnde het recht op vrijheid van vestiging - van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, artikel 56 - zijnde het recht op vrij verrichten van diensten - VWEU en van een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet”.

Zij achten deze rechtsnormen geschonden:

“doordat, eerste onderdeel, tussen de verwerende partij en het Havenbedrijf Rotterdam de Bergingsovereenkomst, waarop door de gekozen inschrijver voor de Tweede Opdracht een beroep wordt gedaan, als een onderhandse overeenkomst tot stand is gekomen, zonder dat daarbij de bepalingen van

de Wet Overheidsopdrachten werden nageleefd, waarbij de opdracht derhalve niet werd bekend gemaakt, geen van de door de Wet Overheidsopdrachten voorziene selectiewijzen en gunningswijzen werd toegepast en geïnteresseerde partijen derhalve een offerte hebben kunnen indienen om in aanmerking te komen voor toewijzing van de opdracht;

terwijl artikelen 2 en 27 van de Wet Overheidsopdrachten de voormelde wet van toepassing verklaren op overheidsopdrachten voor aanneming van diensten als zijnde de wederkerige overeenkomsten ten bezwarende titel gesloten tussen een dienstverlener en de aanbestedende overheid die betrekking heeft op diensten;

en terwijl, ingevolge de toepasselijkheid van de Overheidsopdrachtenwet en diens uitvoeringsregels een aanbestedende overheid verplicht is tot het voeren van een transparante gunningsprocedure met respect voor de eerlijke mededinging, hetgeen impliceert dat de opdracht dient te worden bekend gemaakt, proportionele selectie-eisen en evenwichtige gunningscriteria dienen te worden bepaald waaraan de kandidaatstelling en offertes van geïnteresseerde partijen worden getoetst en de partijen die een offerte hebben ingediend vervolgens in kennis worden gesteld van de door de aanbestedende overheid genomen toewijzigingsbeslissing waartegen zij desgevallend een procedure kunnen inleiden bij de bevoegde verhaalinstantie;

en terwijl, door de verwerende partij de bepalingen van de Wet Overheidsopdrachten in geen geval werden nageleefd;

zodat de aangevoerde artikelen en beginselen van de Wet Overheidsopdrachten in het eerste onderdeel van het derde middel geschonden zijn en een inschrijver in het kader van de gunningsprocedure voor de Tweede Opdracht geen beroep kan doen op een dergelijke onwettig tot stand gekomen Bergingsovereenkomst en de Tweede Opdracht derhalve niet kan worden toegewezen aan een inschrijver, zoals de gekozen inschrijver, die alsnog toepassing maakt van een dergelijke onwettige Bergingsovereenkomst;

en doordat, tweede onderdeel, de Bergingsovereenkomst werd gesloten, waarop door de gekozen inschrijver voor de Tweede Opdracht een beroep wordt gedaan, zonder dat daartoe een transparante marktbevraging werd georganiseerd met respect voor de algemene beginselen inzake gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie;

terwijl uit de algemene beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie die van toepassing zijn op elke activiteit die een overheid stelt, alsook uit de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU die eveneens van toepassing zijn bij de toewijzing van een Bergingsovereenkomst om baggerspecie te storten, ten minste de verplichting voortvloeit voor een publieke instelling zoals de verwerende partij om aan de toekenning van

een dergelijke Bergingsovereenkomst een passende openbaarmaking, de organisatie van een transparante marktbevraging en mededinging vooraf te doen gaan, met dien verstande dat iedere kandidaat-bieder de gelegenheid en gelijke kansen heeft gehad om een bieding te formuleren binnen een redelijke termijn en de ingediende offertes objectief werden vergeleken;

en terwijl de verwerende partij heeft nagelaten de beoogde toewijzing van de Bergingsovereenkomst bekend te maken en een transparante bevragsprocedure te organiseren en te doorlopen, en zonder enige vorm van openbaarmaking, bevragsprocedure of mededinging de diensten heeft toegewezen aan een derde partij, zodat geen enkele andere geïnteresseerde partij in aanmerking is kunnen komen voor de aanduiding als contractant/dienstverlener;

zodat de algemene beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie, de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet geschonden zijn en een inschrijver in het kader van de gunningsprocedure geen beroep kan doen op een dergelijke onwettig tot stand gekomen Bergingsovereenkomst en de Tweede Opdracht derhalve niet kan worden toegewezen aan een inschrijver, zoals de gekozen inschrijver, die toepassing maakt van een dergelijk onwettige Bergingsovereenkomst door een uitvoeringsmethode te hanteren waarbij de baggerspecie in het buitenland wordt gedeponeed”.

Er volgt hierop nog een toelichting van dertien bladzijden.

Beoordeling

17. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op omdat het middel niet gericht is tegen de bestreden gunningsbeslissing. De beslissing van de verwerende partij om een overeenkomst te sluiten met het Havenbedrijf Rotterdam is niet te kwalificeren als een voorbeslissing ten aanzien van de bestreden gunningsbeslissing maar kadert in de procedure om een internationale vervoersvergunning te verkrijgen van OVAM.

18. In de lijn van deze exceptie stelt de Raad van State vast dat in het middel zoals hiervoor aangehaald de te dezen bestreden gunningsbeslissing niet het voorwerp van de grief is, maar wel de beslissing van de verwerende partij tot het sluiten van de voormelde bergingsovereenkomst tussen de verwerende partij en nv Havenbedrijf Rotterdam. De verzoekende partijen lijken niet te betwisten dat

een dergelijke overeenkomst de noodzakelijke voorwaarde was voor de voormelde toestemming van OVAM tot grensoverschrijdende afvaloverbrenging.

Het is dienvolgens aan de verzoekende partijen om aan te tonen op welke wijze het middel nog dienstig kan worden gesteund op de beweerde onrechtmatigheid die aan de hier niet bestreden, maar geviseerde beslissing van de verwerende partij kleeft: de verzoekende partijen vermelden zelf in hun verzoekschrift dat zij door het terechtwijzend bericht gepubliceerd op 19 juli 2013 op de hoogte zijn gesteld van de bergingsovereenkomst. Zij lijken niet zelf binnen de daartoe gestelde termijn een annulatieberoep tegen die beslissing te hebben ingesteld; het hiervoor in randnummer 4.6. vermelde beroep is niet door hen ingesteld. De vraag rijst aldus in hoeverre de betrokken niet-reglementaire beslissing alvast te hunnen opzichte definitief is geworden en het vermoeden van rechtmatigheid geniet. De verzoekende partijen gaan op die vraag niet in. Het enige verband dat zij lijken te leggen tussen die beslissing en de aangevochten gunningsbeslissing zijn de zinsnedes in hun middel dat de gekozen inschrijver “beroep doet” op de “onwettige” of “onwettig tot stand gekomen” bergingsovereenkomst.

Gelet op de achterliggende fundamentele rechtsproblematieken inzake onder meer de mogelijke rechtstreekse aanvechting van beslissingen in het kader van complexe rechtshandelingen, betreffende de afsplitsbare rechtshandelingen en betreffende het vermoeden van rechtmatigheid waarvan bestuursbeslissingen kunnen genieten, en waarvan de verzoekende partijen in hun middel dus in geen enkel opzicht gewag maken, dient in de besproken mate de exceptie van de verwerende partij te worden aanvaard. In het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid lijken voornoemde problematieken onvoldoende gerijpt in het debat gebracht en aan bod gekomen om aan een, zij het zelfs voorlopige, beoordeling te worden onderworpen. De conclusie is dan ook dat in het middel niet is aangetoond om welke reden de verzoekende partijen zich zouden mogen steunen op de vermeende onrechtmatigheid van de beslissing om de kwestieuze bergingsovereenkomst te sluiten of op de onrechtmatigheid van die overeenkomst zelf.

Het middel is *prima facie* niet ontvankelijk.

IX. Besluit

19. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De verzoeken van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij en van de nv Havenbedrijf Rotterdam tot tussenkomst in het administratief kort geding worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 700 euro, elk voor een vierde.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van hun tussenkomsten, voor elk begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 december 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest