

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 229.783 van 12 januari 2015

in de zaak A. 214.505/XII-7786

In zake: de NV TERRA ENGINEERING & CONSULTANCY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter De Smedt

tegen:

de OPENBARE VLAAMSE
AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partij tot tussenkomst:

de NV ADVIESBUREAU VOOR BODEMONDERZOEK
(ABO)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 december 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- de beslissing van 02 december 2014 van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna: OVAM) tot gunning van de overheidsopdracht voor aanneming van diensten ‘Versnelde aanpak van risicogronden in kwetsbare gebieden: Oost- en West-Vlaanderen’ (BN GAO-2014-DWG-Oost-West Vlaanderen) aan de naamloze vennootschap Adviesbureau voor bodemonderzoek (KBO 0456.322.543) (hierna: ABO nv).
- en de impliciete beslissing tot niet-gunning van de opdracht aan de naamloze vennootschap Terra Engineering & Consultancy (hierna: TEC nv)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 29 december 2014 heeft de nv Adviesbureau voor Bodemonderzoek gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 januari 2014 om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rika Heijse, Audrey Baeyens en Ewoud Hacke, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Joris Wouters en Simon Verhoeven, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de de verzoekende partij tot tussenkomst partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een open aanbesteding uit voor een opdracht van diensten, in de aankondiging genoemd “Versnelde aanpak van risicogronden in kwetsbare gebieden: Oost- en West-Vlaanderen”.

De opdracht wordt op 3 oktober 2014 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 8 oktober 2014 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Het toepasselijke bestek omschrijft in artikel 1.2.1 de opdracht als volgt:

“Het betreft een opdracht voor aanneming van diensten. De opdracht wordt gegund bij open aanbesteding. Het betreft een raamcontract ter waarde van 245.000,00 € excl. BTW.

In het regeerakkoord van de Vlaamse Regering wordt vermeld dat tegen 2019 alle saneringen in kwetsbare gebieden in uitvoering moeten zijn. Om dit te realiseren, is een versnelde aanpak noodzakelijk.

Risicogronden worden door de OVAM geïdentificeerd uit gegevens verkregen uit de Gemeentelijke Inventaris, POT-sitedatabank en andere Inventarisatiestudies. De betrokkenen zullen worden aangeschreven door de OVAM. In dit schrijven wordt de mogelijkheid geboden zich te laten bijstaan door een bodemsaneringsdeskundige voor het samenbrengen van de correcte informatie, het opstellen van de aanvraag vrijstelling saneringsplicht of het opstarten van een bodemonderzoek (deelopdracht 1). Voor bepaalde locaties zal de OVAM overgaan tot het uitvoeren van een ambtshalve oriënterend bodemonderzoek (OBO), dat indien nodig meteen wordt uitgebreid tot een oriënterend/beschrijvend bodemonderzoek (OBBO). In andere gevallen kan de OVAM beslissen over te gaan tot een verkennend bodemonderzoek (nemen van relevante bodem en/of grondwaterstalen) (deelopdracht 2). Indien blijkt dat de betrokkene saneringsplichtig zijn, kan de OVAM de opdracht stopzetten.

Indien verdere maatregelen nodig zijn, dient een kostenraming te worden opgemaakt voor het opstellen van het bodemsaneringsproject en de -werken (deelopdracht 3).

De opvolging van de locaties zal gebeuren via een gemeenschappelijk opvolgingssysteem. De stand van zaken wordt hierin per locatie bijgehouden.

De locaties zullen ingedeeld worden per provincie of grondwaterwingebied. De locaties voor deze opdracht bevinden zich voornamelijk in de provincies Oost- en West-Vlaanderen. Er worden gelijklopende opdrachten uitgeschreven voor de provincies Antwerpen,

Limburg en Vlaams-Brabant. In samenspraak kunnen verschuivingen van locaties plaatsvinden.

De totale opdracht bestaat uit verschillende deelopdrachten, waarvan de prijs berekend wordt op basis van de eenheidsprijzen uit de inventaris.

Aangezien bij de opmaak van dit raamcontract nog geen concrete locaties bekend zijn en de vermoedelijke hoeveelheden uit de inventaris geraamd zijn, garandeert de OVAM geen minimum hoeveelheid per post die in dit raamcontract zal worden uitgevoerd. De opdrachtgever behoudt zich onverkort het recht voor om bepaalde posten uit de inventaris niet toe te wijzen. Dit kan onder geen enkele voorwaarde aanleiding geven tot schadevergoeding ten voordele van de inschrijver.”

Het gaat volgens artikel 1.2.2 van het bestek om “een raamovereenkomst overeenkomstig art. 3,15° van de Wet van 15 juni 2006 en de artikelen 136 en 137 van het KB Plaatsing, tussen de OVAM en één deelnemer, waarvan de uitvoering invulling krijgt via afzonderlijke deelopdrachten”.

Artikel 1.5 “Selectiecriteria – Regelmatigheid van de offerte” van het bestek luidt:

“1.5. Selectiecriteria – Regelmatigheid van de offerte

De offertes worden vooreerst getoetst aan de hierna vermelde selectiecriteria.

Enkel de offertes van de inschrijvers die voldoen aan de hierna vermelde selectiecriteria worden in aanmerking genomen om deel te nemen aan de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria vermeld in punt 1.7 van dit bestek, voor zover de ingediende offertes administratief en technisch regelmatig zijn.

1.5.1. Uitsluitingscriteria

Door in te schrijven op deze opdracht verklaart de inschrijver op straffe van nietigheid zich niet in enige toestand van uitsluiting te bevinden, zoals bedoeld in artikel 61 van het KB Plaatsing en verklaart over voldoende financiële en economische draagkracht te beschikken. De OVAM zal de waarachtigheid van deze verklaring onderzoeken overeenkomstig artikel 60 van het KB Plaatsing.

Door in te schrijven op deze opdracht, verklaart de inschrijver zich niet in een toestand van onverenigbaarheid te bevinden, zoals bedoeld in artikel 64 van het KB Plaatsing. [...]

1.5.2. Selectiecriteria met betrekking tot de technische bekwaamheid van de inschrijver

- De dienstverlener is door de OVAM erkend als bodemsaneringsdeskundige type 2. Een door de OVAM erkend bodemsaneringsdeskundige type 2 is nodig voor deze opdracht omdat ook kan gevraagd worden om de kostprijs van het bodemsaneringsproject en de bodemsanering te ramen. [...]"

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 17 november 2014. Naast vijf andere inschrijvers dienen de verzoekende partij en de nv ABO een offerte in.

3.4. In een gunningsverslag van 27 november 2014 worden alle inschrijvers geselecteerd behalve de bvba Geolab.

Vervolgens worden alle geselecteerde offertes formeel en materieel regelmatig bevonden en er wordt de volgende prijstabel opgesteld:

Inschrijver	Prijs (incl. BTW)
Abesim bvba	230.172,25
Adviesbureau voor Bodemonderzoek nv	207.026,49
Envirosoil nv	230.910,35
Grontmij Belgium nv	247.000,33
Ingenieursbureau Asset nv	233.479,36
Terra Engineering & Consultancy nv	226.765,86

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv ABO als laagste regelmatige inschrijver.

3.5. Met verwijzing naar het gunningsverslag gunt de verwerende partij op 2 december 2014 de opdracht aan de nv ABO.

3.6. Met een brief gedateerd op 3 december 2014 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan de nv ABO als laagste regelmatige inschrijver. De gemotiveerde beslissing waarvan het gunningsverslag integraal deel uitmaakt, wordt bijgevoegd.

3.7. Op te merken valt ten slotte dat in het kader van een andere gunningsprocedure, namelijk "Opmaak BSP en begeleiding BSW

metaalverwerking in Vlaanderen I”, bestek RC140105, de raadsman van de verzoekende partij in een brief van 17 september 2014 aan de verwerende partij meedeelt dat zij, naar aanleiding van de recente beursgang van de nv ABO-Group Environment, dit is de moedermaatschappij van de nv ABO, heeft vastgesteld dat de Vlaamse overheid via de nv Participatiemaatschappij Vlaanderen, belangen aanhoudt in de nv ABO-Group Environment, dat nu de nv ABO, als 100% eigendom van NV ABO-Group Environment, minstens gedeeltelijk gefinancierd wordt door de opdrachtgever, dit is de Vlaamse overheid, en/of een persoon die ook de opdrachtgever of uitvoerder rechtstreeks of onrechtstreeks geheel of gedeeltelijk financiert, controleert of beheert (OVAM), dat de onverenigbaarheidsregeling van artikel 53/5, § 1, 4°, van het besluit van de Vlaamse regering van 19 november 2010 ‘tot vaststelling van het Vlaams reglement inzake erkenningen met betrekking tot het leefmilieu’ (hierna: VLAREL) van toepassing is, dat OVAM hiervan niet onwetend kan zijn nu zich reeds een precedent heeft voorgedaan, waar de Vlaamse minister bevoegd voor Leefmilieu en Landbouw met schrijven van 18 oktober 2002 een gelijkaardige onverenigbaarheid in hoofde van de nv ABO vaststelde en dat een erkenning als bodemsaneringsdeskundige bovendien een belangrijk selectie criterium is in het kader van die opdracht zodat de nv ABO zelfs niet voor gunning in aanmerking kan komen.

In een brief van 17 oktober 2014 ondertekend door de administrateur-generaal van OVAM, wordt als volgt geantwoord:

“In uw brief van 17 september 2014 hebt u ons namens uw cliënt de NV TEC gemeld dat de erkend bodemsaneringsdeskundige ABO NV in het kader van een inschrijving op de aanbesteding door de OVAM van de overheidsopdracht ‘Re 140105- Raamcontract Opmaak BSP en begeleiding BSW metaalverwerking in Vlaanderen I’ zou zijn gevat door de onverenigbaarheidsregel van artikel 53/5, §1,4° van het VLAREL van 19 november 2010.

In onze brief van 2 oktober 2014 deelden wij u mee dat wij dit nader zouden onderzoeken en u in kennis zouden stellen van onze bevindingen.

Artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL van 19 november 2010 bepaalt dat de bodemsaneringsdeskundige geen gebruik kan maken van zijn erkenning als hij, rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk, gefinancierd, gecontroleerd of beheerd wordt door:

a) de opdrachtgever;

- b) de uitvoerder van de bodemsaneringswerken of risicobeheersmaatregelen;
- c) een persoon die ook de voormelde opdrachtgever of uitvoerder rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk, financiert, controleert of beheert.

In uw brief van 17 september 2014 stelt u dat de betreffende onverenigbaarheidsregeling van toepassing is nu de erkend bodemsaneringsdeskundige NV ABO, als 100% eigendom van de beursgenoteerde NV ABO-Group Environment, minstens gedeeltelijk gefinancierd wordt door de opdrachtgever (zijnde het Vlaamse overheid) en of een persoon die ook de opdrachtgever rechtstreeks of onrechtstreeks geheel of gedeeltelijk financiert, controleert of beheert (OVAM).

Voor de goede orde willen wij er u op wijzen dat de OVAM als intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid in de betreffende overheidsopdracht optreedt als opdrachtgever en dus niet een persoon is die de opdrachtgever financiert, controleert of beheert. De OVAM is zelf de opdrachtgever. In uw brief maakt u evenwel niet duidelijk in welke zin de OVAM als opdrachtgever de erkend bodemsaneringsdeskundige ABO NV (als 100% eigendom van NV ABO-Group Environment) zou financieren, controleren of beheren (geheel of gedeeltelijk, rechtstreeks of onrechtstreeks). Dit is helemaal niet het geval.

Wel is het zo dat de NV Participatiemaatschappij Vlaanderen (NV PMV) in ieder geval tot 27 maart 2014 een belang had in de beursgenoteerde vennootschap NV ABO-Group Environment (die 100% aandeelhouder is van de erkend bodemsaneringsdeskundige ABO NV) in gevolge de inbreng in natura van een schuldvordering ten bedrage van 1.237.500 euro op voormelde datum (eveneens het tijdstip waarop NV Thenergo de NV ABO-Group Environment is geworden). De NV PMV is een zelfstandige investeringsmaatschappij met het Vlaamse Gewest (Vlaamse Regering, Vlaamse minister bevoegd voor economie) als enige aandeelhouder. Het gaat om een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap dat zich heeft georganiseerd als een nv en marktconform werkt. De beslissingen over investeringen worden overgelaten aan managementcomités en er is bijgevolg een autonomie voor het invullen van haar investeringsfunctie.

De OVAM van haar kant maakt als intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid deel uit van de Vlaamse overheid en wordt bijgevolg gecontroleerd en gefinancierd door het Vlaamse Gewest (Vlaamse Regering, Vlaamse minister bevoegd voor het leefmilieu).

Vraag is of het Vlaamse Gewest (Vlaamse Regering) moet beschouwd worden als een persoon die naast controle en financiering van de OVAM als opdrachtgever in voorliggende overheidsopdracht ook de erkende bodemsaneringsdeskundige ABO NV onrechtstreeks gedeeltelijk financiert en dit voor zover de NV PMV op het moment van de overheidsopdracht een belang aanhoudt in de NV ABO-Group Environment die 100% eigenaar is van de NV ABO.

Vooreerst moet worden opgemerkt dat de NV ABO-Group Environment een beursgenoteerde vennootschap is en het niet geweten is wie op een

welbepaald moment aandelen heeft van die vennootschap en om hoeveel aandelen het gaat.

In de onverenigbaarheidsregel van artikel 53/5, §1, 4° van het VLAREL is sprake van een gedeeltelijke financiering. In voormelde bepaling wordt niet aangegeven over welk aandeel in de financiering het precies moet gaan. Gelet op de ratio legis van de onverenigbaarheidsregeling moet het gaan om een omvang van financiering die van aard is dat daardoor de schijn kan worden gewekt dat de bodemsaneringsdeskundige geen objectieve en onafhankelijke houding zou aannemen bij de uitvoering van zijn opdracht. Omwille van de rechtszekerheid, de afdwingbaarheid en de praktische uitvoerbaarheid ervan spreekt het voor zich dat het in ieder geval moet gaan om welbepaald gedeelte van financiering dat kenbaar is voor de bodemsaneringsdeskundige, evenals voor toezichthouder, de opdrachtgever en de eventuele uitvoerder.

Voor de invulling van de term ‘gedeeltelijke financiering’ kan wat de kapitaalparticipatie betreft ook teruggegrepen worden naar de transparantiereglementering, zijnde de wet van 2 mei 2007 en het koninklijk besluit van 14 februari 2008 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen. Die transparantiewetgeving beoogt de transparantie van de aandeelhoudersstructuur van beursgenoteerde vennootschappen tot stand te brengen. Via een kennisgevingsplicht voor de houders van deelnemingen in beursgenoteerde vennootschappen wil ze inzicht geven in de stemkrachtverhoudingen in deze vennootschappen en vermijden dat betekenisvolle wijzigingen in de aandeelhoudersstructuur (en dus de mogelijkerwijze ook in de controle) zonder de vereiste doorzichtigheid zou plaatsvinden. De kennisgevingsplicht ontstaat in beginsel wanneer als gevolg van een gebeurtenis (bijv. aankoop aandelen) die tot kennisgeving verplicht bepaalde percentages van het stemrechtentotaal in de genoteerde vennootschap worden overschreden (kennisgevingsdrempels). De eerste drempel ligt hierbij op 5 % van het totaal der stemrechten (verder ook bij het bereiken van 10%, 15% enz, telkens per schijf van 5 procentpunten). Bij het overschrijden van de drempel van 5% van het totaal van stemgerechtigde effecten moet onder meer de beursgenoteerde vennootschap door de effectenhouder in kennis worden gesteld van dit feit.

Bij de invulling van het begrip ‘gedeeltelijke financiering’ in de onverenigbaarheidsregel van artikel 53/5, §1, 4° van het VLAREL hanteert de OVAM de volgende beleidslijn wat de kapitaalparticipatie betreft: als de personen, vermeld in artikel 53/5, §1, 4° van het VLAREL (de opdrachtgever of een persoon die ook de voormelde opdrachtgever rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk, financiert, controleert of beheert) minder dan 5% van het totaal van de stemgerechtigde effecten rechtstreeks (via aandelen van bodemsaneringsdeskundige zelf) of onrechtstreeks (via aandelen van moeder vennootschap) in bezit heeft, wordt geacht dat er geen beïnvloeding van de bodemsaneringsdeskundige mogelijk is en de onafhankelijkheid van de bodemsaneringsdeskundige dan ook niet in het gedrang komt, en er dus geen sprake is van gedeeltelijke financiering in de zin van artikel 53/5, §1, 4° VLAREL.

Op de website van de FSMA (Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten) die toezicht houdt op de financiële markten en beursgenoteerde ondernemingen wordt voor de beursgenoteerde vennootschappen het aandeelhouderschap bijgehouden en dagelijks geactualiseerd. Dit doet de FSMA op basis van de kennisgevingen die wettelijk verplicht aan haar moeten worden overgemaakt (Zie Wet van 2 mei 2007 en KB van 14 februari 2008 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen: transparantiereglementering). Deze transparantiereglementering verplicht de houders van deelnemingen in genoteerde vennootschappen om in bepaalde omstandigheden (zoals bij het overschrijden van 5% van de stemgerechtigde aandelen in het totaal van de stemgerechtigde aandelen) de FSMA en de betrokken vennootschappen in te lichten over hun deelneming (via het formulier TR-1 BE). De betrokken genoteerde vennootschappen zijn vervolgens verplicht om de informatie vervat in de door hen ontvangen kennisgevingen openbaar te maken naar het publiek zodat er volledige transparantie is over de relevante stemverhoudingen in de vennootschappen.

Uit het bijgevoegde kennisgevingsdocument (formulier TR-1 BE Deel 1) blijkt dat de NV PMV op 2 april 2014 zijn aandeel van de stemgerechtigde aandelen in de NV ABO-Group Environment heeft afgebouwd tot onder de laagste kennisgevingsdrempel van 5% van de stemrechtverlenende effecten. Sedertdien zijn er geen verdere kennisgevingen gebeurd door de NV PMV over een aandelenparticipatie in de NV ABO-Group Environment.

Verder blijkt uit het overzichtsdocument van de FSMA over het aandeelhouderschap van de NV ABO-Group Environment dat op 10 oktober 2014 92,52% van de stemgerechtigde aandelen van de moedervernootschap van de NV ABO in handen is van de gedelegeerd bestuurder Frank De Palmenaer. Voor het saldo van de stemgerechtigde aandelen zijn er verder geen gegevens. Hieruit kan afgeleid worden dat er in principe geen andere aandeelhouders zijn die 5% of meer van de stemgerechtigde aandelen van de NV ABO-Group Environment in handen hebben. Wat het eventuele huidige belang van de NV PMV in de stemgerechtigde aandelen van de NV ABO-Group Environment is, is niet gekend maar dus in principe in ieder geval [...] onder de laagste wettelijk verplichte kennisgevingsdrempel van 5%.

Op basis van de voorgaande elementen zijn wij op basis van de beschikbare gegevens van oordeel dat er op dit ogenblik geen sprake is van een gedeeltelijke financiering in de zin van artikel 53/5, §1,4°,c) van het VLAREL door het Vlaamse Gewest via de NV Participatiemaatschappij Vlaanderen van de erkend bodemsaneringsdeskundige ABO NV via haar moedervernootschap ABO-Group Environment NV. Dit houdt in dat er op dit ogenblik geen sprake is van een onverenigbaarheid in hoofde van de nv ABO in de zin van artikel 53/5, §1 van het VLAREL als zij optreedt als bodemsaneringsdeskundige voor de OVAM of inschrijft in overheidsopdrachten voor de uitvoering van taken als erkend bodemsaneringdeskundige met de OVAM of een ander onderdeel van de Vlaamse overheid als opdrachtgever.”

In de zaak gekend onder het rolnummer A. 214.468/XII-7781 vraagt de verzoekende partij middels een op 15 december 2014 elektronisch ingediend verzoekschrift de nietigverklaring van “[d]e beleidslijn van OVAM bij de invulling van het begrip ‘gedeeltelijke financiering’ in de onverenigbaarheidsregel van artikel 53/5, §1, 4° van het VLAREL, aan verzoekster meegedeeld bij brief van 17 oktober 2014” en van “[d]e beslissing van 17 oktober 2014 van OVAM dat ABO NV in het kader van het bestek RC140105 – Opmaak BSP en begeleiding BSW metaalverwerking in Vlaanderen I, niet gevat is door de onverenigbaarheidsregel van artikel 53/5, §1, 4° van het VLAREL van 19 november 2010”.

IV. Tussenkost

4. De nv ABO blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Verzoek tot samenvoeging

5.1. In de zaak A. 214.478/XII-7782 vraagt de verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 28 november 2014 waarbij de verwerende partij de overheidsopdracht voor aanneming van diensten “BOSS – Begeleiding en Optimalisatie Saneringsprojecten SHIP” (BN 140602) aan de nv ABO gunt en van de impliciete beslissing om die opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij.

In de hier voorliggende zaak vraagt zij de samenvoeging met die zaak, in wezen omwille van het feit dat de verzoekende partij ten aanzien van dezelfde verwerende partij twee van haar gunningsbeslissingen inzake overheidsopdrachten heeft aangevochten op grond van exact dezelfde grieven, in beide dossiers de verzoekende partij als tweede laagste regelmatige inschrijver werd gerangschikt en de opdracht werd gegund aan de tussenkomende partij.

Ondergeschikt vraagt zij beide zaken minstens op dezelfde terechtzittingsdatum te agenderen.

5.2. In de huidige stand van het geding dient niet te worden ingegaan op de vraag tot samenvoeging nu het gaat om verschillende opdrachten en het enig middel ook niet volledig identiek is. Door de behandeling van beide zaken op dezelfde terechtzitting, wat het geval is, lijkt ook voldoende tegemoet te worden gekomen aan de bekommernis van de verzoekende partij om tegenspraak te vermijden.

VI. Schorsingsvoorwaarden

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

6.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

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

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

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke

onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij formuleert haar middel als volgt:

“ SCHENDING van:

- Artikel 53/5, §1, 4° van het besluit van 19 november 2010 van de Vlaamse Regering tot vaststelling van het Vlaams reglement inzake erkenningen en met betrekking tot het leefmilieu (VLAREL),
- De selectie-eis verwoord onder rubriek 1.5.2. van het bijzonder bestek ‘Versnelde aanpak van risicogronden in kwetsbare gebieden : Oost- en West-Vlaanderen, BN GAO-2014-DWG-Oost West-Vlaanderen’ inzake de vereiste erkenning van de dienstverlener als bodemsaneringsdeskundige type 2,
- De beginselen van behoorlijk bestuur en meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’.

doordat de OVAM de voorliggende opdracht toewijst aan de inschrijver ABO nv,

terwijl de tekst van artikel 53/5, §1, 4° van het VLAREL een zuiver verbod van financiële participatie, controle of beheer formuleert, zodat van de erkenning als bodemsaneringsdeskundige geen gebruik kan worden gemaakt, wanneer de bodemsaneringsdeskundige rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk, gefinancierd, gecontroleerd of beheer wordt door, hetzij de opdrachtgever, hetzij een persoon die ook de opdrachtgever of uitvoerder rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk, financiert, controleert of beheert.

en terwijl, uit de beschikbare gegevens inzake het aandeelhouderschap op datum van gunningsbeslissing blijkt dat ABO NV op dat moment, als 100% eigendom van de NV ABO-Group Environment, minstens rechtstreeks of onrechtstreeks gedeeltelijk gefinancierd wordt door de opdrachtgever (zijnde het Vlaamse Gewest) en/ of een persoon die ook de opdrachtgever of uitvoerder rechtstreeks of onrechtstreeks geheel of gedeeltelijk financiert, controleert of beheert (OVAM),

zodat de voorliggende opdracht niet aan ABO NV kan worden toegekend omdat zij niet voldoet aan het selectiecriterium inzake de vereiste erkenning en de onverenigbaarheden, en bijgevolg de bestreden

gunningsbeslissing en de impliciete weigeringsbeslissing strijdig zijn met het bijzonder bestek en de vigerende milieuwetgeving, en dus onwettig zijn.”

In de toelichting benadrukt zij concreet dat de bepaling van artikel 53/5, §1, 4° van het VLAREL “volkomen duidelijk [is]: in hoofde van een bodemsaneringsdeskundige is sprake van een onverenigbaarheid en kan hij van zijn erkenning geen gebruik maken wanneer hij als natuurlijke of rechtspersoon, geheel of gedeeltelijk gefinancierd, gecontroleerd of beheerd wordt, onder welke vorm dan ook, door de opdrachtgever of een persoon die ook de voormelde opdrachtgever of uitvoerder rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk, financiert, controleert of beheert.

Dit is in voorliggende zaak het geval aangezien het Vlaamse Gewest ABO nv, in casu de ‘bodemsaneringsdeskundige’, onrechtstreeks en gedeeltelijk (bij wege van PMV) financiert en controleert via de naamloze vennootschap ABO Group Environment en de ABO Holding NV.

Ook financiert en controleert het Vlaamse Gewest, in casu de ‘persoon’, rechtstreeks en volledig de OVAM, in casu de ‘voormelde opdrachtgever’, als intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid.

Daarenboven controleert het Vlaamse Gewest, in casu de ‘persoon’, onrechtstreeks en gedeeltelijk ABO NV, in casu de ‘voormelde uitvoerder’.

Bijgevolg wordt ABO NV onrechtstreeks gedeeltelijk gefinancierd en gecontroleerd door de opdrachtgever OVAM via het Vlaams Gewest en PMV. Daarenboven wordt ABO NV ook onrechtstreeks gefinancierd en gecontroleerd door het Vlaams Gewest dat op zijn beurt rechtstreeks OVAM (opdrachtgever) controleert en financiert.

Deze onverenigbaarheidsbepaling behoeft geen interpretatie of nadere modulering aangezien een juiste lezing van de bepaling geen twijfel laat bestaan dat geen enkele vorm van gedeeltelijke financiering of controle is toegelaten.”

Hieruit volgt volgens de verzoekende partij onvermijdelijk dat de tussenkomende partij voor de voorliggende opdracht geen beroep kan doen op haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige en om deze reden dan ook niet voldoet aan de specifieke criteria in artikel 1.5.2. van het bestek. Derhalve, zo vervolgt zij, miskennen de gunningsbeslissing en de impliciete

weigeringsbeslissing de besteksbepalingen, leeft het opdrachtgevend bestuur zijn eigen voorschriften niet na en is het onzorgvuldig door de opdracht aan de tussenkomende partij te gunnen.

8. De verwerende partij antwoordt in de eerste plaats dat overeenkomstig artikel 54, § 2, VLAREL de enige facultatieve sanctie bij het niet naleven van de in het VLAREL bepaalde gebruikseisen zoals onder meer vervat in artikel 53, § 1, VLAREL de gehele of gedeeltelijke schorsing of opheffing van de erkenning is en dit mits het doorlopen van de in artikel 54 VLAREL beschreven procedure. Dit is hier te dezen niet het geval.

Zij betoogt voorts dat indien een inschrijver zich zou bevinden in één van de gevallen van artikel 53/5 VLAREL, dit enkel aanleiding kan geven tot de procedure vervat in artikel 54 VLAREL en tot de facultatieve, gehele of gedeeltelijke schorsing of opheffing van zijn erkenning. Te dezen is de erkenning van de tussenkomende partij niet geschorst of opgeheven.

Vervolgens betoogt de verwerende partij dat de verzoekende partij ten onrechte beweert dat de tussenkomende partij haar door de verzoekende partij op zich niet-betwiste erkenning als bodemsaneringsdeskundige niet mag gebruiken voor huidige opdracht omdat zij zich zou bevinden in de onverenigbaarheidssituatie bedoeld in artikel 53/5 § 1, 4°, VLAREL. De feitelijke beweringen van de verzoekende partij inzake de financiering zijn niet correct. De verzoekende partij toont ook niet aan dat de verwerende partij de beweerde onverenigbaarheid heeft vastgesteld of er de facultatieve gevolgen aan zou hebben gehecht.

Voorts merkt de verwerende partij op dat zij in haar brief van 17 oktober 2014 aan de verzoekende partij tot het besluit kwam dat zulke onverenigbaarheid niet voorhanden was, dat de verzoekende partij hier niet meer op heeft gereageerd en in haar verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ook geen nieuwe elementen aanbrengt.

Ook betoogt de verwerende partij dat de loutere omstandigheid van het zich bevinden in de vermelde onverenigbaarheid geen invloed heeft op de gebeurlijke selectie en de gunning van de opdracht.

Zij wijst voorts op de inhoud van haar brief van 17 oktober 2014 waarin zij oordeelde dat de tussenkomende partij zich niet in een situatie van onverenigbaarheid bevond.

Ten slotte beklemtoont de verwerende partij dat de verzoekende partij naar aanleiding van dit antwoord van de afdeling Bodembeheer geen verdere stappen heeft ondernomen om te horen vaststellen dat de tussenkomende partij zich wel in een situatie van onverenigbaarheid bevond en bij uitbreiding de voorgeschreven sancties te laten nemen.

9. De tussenkomende partij brengt drie “verweermiddelen” naar voor.

Op de eerste plaats stelt zij dat de interpretatie van de verzoekende partij van artikel 53, § 1, 4°, VLAREL in feite en in rechte grondslag mist. Zij meent dat zij niet gecontroleerd, beheerst of gefinancierd wordt door het Vlaamse Gewest. Wat de afwezigheid van financiering betreft verwijst de tussenkomende partij naar de stellingname van de verwerende partij in de brief van 17 oktober 2014. Zij benadrukt dat haar moedermaatschappij de nv ABO-Group Environment een beursgenoteerde onderneming is waarvan op geen enkel tijdstip absolute zekerheid of duidelijkheid bestaat over de juiste samenstelling van haar aandeelhouderschap. Wel is zeker, zo vervolgt de tussenkomende partij, dat de nv PMV niet over een participatie beschikt van meer dan 5 % zodat volgens voormelde brief er geen sprake is van een gedeeltelijke financiering.

Met haar tweede verweermiddel merkt de tussenkomende partij op dat de door de verzoekende partij aangevoerde wettigheidskritiek onverenigbaar is met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie wat het toegangsrecht betreft inzake overheidsopdrachten. Deze kritiek heeft immers als rechtsgevolg dat de tussenkomende partij structureel moet worden uitgesloten van een deelname aan overheidsopdrachten. Het middel van de

verzoekende partij gaat ervan uit dat artikel 53, § 1, VLAREL een absolute uitsluitingsgrond is onder de vorm van een gebonden bevoegdheid die evenwel geen steun vindt in artikel 61 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’. Uit de rechtspraak van het Hof, namelijk het arrest Forposta, zaak C-465/11 van 13 december 2012, moet worden afgeleid dat de interpretatie van de verzoekende partij strijdt met artikel 45 van de Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’ waarvan het voornoemde artikel 61 de omzetting is.

Met een derde verweermiddel merkt de tussenkomende partij op dat de interpretatie van de verzoekende partij ertoe leidt dat de tussenkomende partij op structurele wijze wordt uitgesloten van deelname van overheidsopdrachten die door de verwerende partij in mededinging wordt gesteld hetgeen een schending is van artikel 7 van het decreet d’Allarde en van het redelijkheidsbeginsel.

Beoordeling

10.1. Het artikel 53/5 VLAREL luidt :

“§ 1. Van de erkenning als bodemsaneringsdeskundige kan niet gebruikgemaakt worden in de volgende gevallen:

1° de bodemsaneringsdeskundige of een persoon die bij de bodemsaneringsdeskundige een bestuursmandaat opneemt of een bestuursfunctie uitoefent, is bloed- of aanverwant in de rechte lijn tot en met de derde graad en in de zijlijn tot en met de vierde graad met:

- a) de opdrachtgever;
- b) de uitvoerder van de bodemsaneringswerken of risicobeheersmaatregelen;
- c) iedere andere persoon die bij de voormelde opdrachtgever of uitvoerder een bestuursmandaat opneemt of een bestuursfunctie uitoefent;

2° de bodemsaneringsdeskundige of een persoon die bij de bodemsaneringsdeskundige een bestuursmandaat opneemt of een bestuursfunctie uitoefent, is zelf of met een tussenpersoon eigenaar of werkende vennoot van:

- a) de opdrachtgever;
- b) de uitvoerder van de bodemsaneringswerken of risicobeheersmaatregelen

3° de bodemsaneringsdeskundige of een persoon die bij de bodemsaneringsdeskundige een bestuursmandaat opneemt of een bestuursfunctie uitoefent, oefent zelf of met een tussenpersoon, in rechte of in feite, een bestuursmandaat of bestuursfunctie uit bij:

- a) de opdrachtgever;
- b) de uitvoerder van de bodemsaneringswerken of risicobeheersmaatregelen;

4° de bodemsaneringsdeskundige wordt rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk, gefinancierd, gecontroleerd of beheerd door:

- a) de opdrachtgever;
- b) de uitvoerder van de bodemsaneringswerken of risicobeheersmaatregelen;
- c) een persoon die ook de voormelde opdrachtgever of uitvoerder rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk, financiert, controleert of beheert.

§ 2. In afwijking van paragraaf 1 kan de minister op schriftelijk verzoek van de opdrachtgever of de bodemsaneringsdeskundige beslissen dat toch gebruikgemaakt kan worden van de erkenning als bodemsaneringsdeskundige als de verzoeker:

1° aantoonst dat de kwaliteit van de uitvoering van de werkzaamheden kan worden gewaarborgd;

2° zich ertoe verbindt de bijkomende controlekosten van de OVAM te vergoeden.

De minister neemt een beslissing binnen vijfenveertig dagen na de ontvangst van het gemotiveerde schriftelijke verzoek.”

10.2. De tussenkomende partij heeft bij haar offerte de vereiste erkenning als bodemsaneringsdeskundige type 2 gevoegd. Nergens blijkt uit dat deze erkenning overeenkomstig artikel 54 VLAREL, dat eerder grotendeels thuis lijkt te horen in de sanctiesfeer, geschorst of opgeheven zou zijn. Dit laatste doet echter geen afbreuk aan artikel 53/5 VLAREL dat oplegt dat in de in dat artikel bedoelde gevallen een erkende deskundige geen gebruik mag maken van zijn erkenning.

10.3. In tegenstelling tot wat de verwerende partij betoogt, heeft de verzoekende partij wel stappen ondernomen tegen wat de verzoekende partij beschouwt als de “beleidslijn” van de verwerende partij zoals die zou zijn vervat in de brief van 17 oktober 2014; de verzoekende partij heeft daartegen een annulatieberoep ingediend.

10.4. De discussie spitst zich toe op de toepassing van artikel 53/5, § 1, 4°, c), VLAREL, namelijk dat een bodemsaneringsdeskundige geen gebruik mag maken van zijn erkenning in het geval dat de deskundige rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk, gefinancierd, gecontroleerd of beheerd wordt door een persoon die ook de voormelde opdrachtgever of uitvoerder rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk, financiert, controleert of beheert. Die persoon zou het Vlaamse Gewest zijn. Enerzijds zou het Vlaamse Gewest de verwerende partij controleren en tussen de partijen bestaat er weinig discussie dat de verwerende partij een intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid van het Vlaamse Gewest is wat conform het Kaderdecreet Bestuurlijk Beleid van 18 juli 2003 het gezag van de Vlaamse regering impliceert; de verwerende partij erkent trouwens zelf in haar brief van 17 oktober 2014 dat zij wordt gecontroleerd en gefinancierd door het Vlaamse Gewest. Anderzijds zou volgens de verzoekende partij het Vlaamse Gewest via de nv PMV de nv ABO-Group Environment, via de nv ABO Holding, moedermaatschappij van de tussenkomende partij, financieren; de nv ABO-Group Environment is 100% aandeelhoudster van de nv ABO Holding die op haar beurt 100% aandeelhoudster is van de tussenkomende partij. Dit laatste is de kern van de betwisting.

10.5. Aangenomen mag worden dat, zoals ook blijkt uit de brief van 17 oktober 2014 van de verwerende partij, de nv PMV als enige aandeelhouder het Vlaamse Gewest heeft. Uit het formulier TR-1 BE, deel I, gevoegd bij de brief van 17 oktober 2014 van de verwerende partij, formulier ondertekend door de verantwoordelijken van de nv PMV en dat de kennisgeving aan de ‘Autoriteit voor Financiële diensten en Markten’ betreft inzake de participatie in de nv ABO Group Environment, blijkt overigens dat de nv PMV als kennisgevingsplichtige personen zowel zichzelf als het Vlaamse Gewest opgeeft. Vast lijkt dan ook te staan dat het Vlaamse Gewest rechtstreeks de nv PMV minstens financiert.

10.6. Uit de voorgelegde stukken lijkt te moeten worden afgeleid dat de nv PMV in april en juli 2014 aandeelhoudster was van de nv ABO-Group Environment en dus onrechtstreeks van de tussenkomende partij, weze het voor minder dan 5 % van de stemrechten. De verwerende partij noch de tussenkomende partij beweren dat dit thans niet zo zou zijn. Nochtans lijkt er geen bezwaar te zijn

dat de verwerende partij de nv PMV hierover zou bevragen, eventueel via het Vlaamse Gewest.

Te dezen lijkt de Raad van State er dan ook te mogen van uitgaan dat de nv ABO onrechtstreeks via de nv PMV, gedeeltelijk gefinancierd wordt door dezelfde persoon die de opdrachtgever controleert en financiert.

10.7. Artikel 53/5, § 1, 4°, c), VLAREL lijkt kortweg een financiering te vereisen, rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk. Er wordt geen drempel vereist of voorwaarden opgelegd. Op het eerste gezicht lijkt er dan ook bij de toepassing geen terugkoppeling vereist naar de doelstelling van het artikel, namelijk het niet in het gedrang brengen van de onafhankelijkheid van de deskundige, temeer zoals uit artikel 53/5, § 2, VLAREL blijkt, de minister hier wel een opdracht lijkt te hebben.

10.8. Het verweer dat er een structurele uitsluiting zou zijn in hoofde van de tussenkomende partij wat zou strijden met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, met het redelijkheidsbeginsel en met het decreet d'Allarde, voor zover dit laatste nog als geldend recht bij de discussie mag worden betrokken gelet op artikel 3 van de wet van 28 februari 2013 'tot invoering van het Wetboek van economisch recht', wordt niet aanvaard. Gelet op artikel 53/5, § 2, VLAREL dat voorziet in een ministeriële afwijkingsmogelijkheid op het niet-gebruik van een erkenning zoals bedoeld in artikel 53/5, § 1, VLAREL, faalt het uitgangspunt van de kritiek, namelijk dat het zou gaan om een absolute uitsluiting. Het is de opdracht van de gevatte minister om te oordelen of er al dan niet over de onverenigbaarheid mag worden heen gestapt. Dit volstaat in de huidige stand van het geding om dit verweer te verwerpen.

VIII. Besluit

11. Het enige middel is ernstig gebleken. Het verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de eerste bestreden beslissing, dit is de gunningsbeslissing.

Het ernstig bevonden middel verantwoordt echter niet de

schorsing van de tenuitvoerlegging van de tweede bestreden beslissing, namelijk de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen om reden dat artikel 53/5, § 2, VLAREL de minister de bevoegdheid geeft, zo gevraagd, een afwijking toe te staan op het niet gebruik mogen maken van de erkenning als bodemsaneringsdeskundige volgens artikel 53/5, § 1, VLAREL.

BESLISSING

1. Het verzoek van de naamloze vennootschap Adviesbureau voor bodemonderzoek tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 2 december 2014 van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij tot gunning van de overheidsopdracht voor aanneming van diensten “Versnelde aanpak van risicogronden in kwetsbare gebieden: Oost- en West-Vlaanderen” (BN GAO-2014-DWG-Oost-West Vlaanderen) aan de naamloze vennootschap Adviesbureau voor Bodemonderzoek.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 januari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra