

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.581 van 20 maart 2015
in de zaak A. 215.094/XII-7839**

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 en Nathanaëlle
Kiekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BV MARTENS EN VAN OORD AANNEMINGSBEDRIJF,
vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Dominique Devos
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 februari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 2 februari 2015 van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen, ter kennis gebracht bij aangetekend schrijven d.d. 6 februari 2015 [...] tot gunning van de opdracht ‘Baggerproject Antwerpse Scheepswerf (Hansadok)’ op basis van het Bestek B10246, aan inschrijver Martens & Van Oord en derhalve niet aan de THV Verdieping H4H”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 3 maart 2015 heeft de bv Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 maart 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden en Jelena Adriaensens, deze laatste loco advocaat Bob Martens, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten Stefanie François en Rozanne Vanderhulst, die loco advocaten David D’Hooghe, Jan Bouckaert en Nathanaëlle Kiekens verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Frank Judo en Tim Souverijns, die verschijnen voor de 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 baggerwerken voor het verwijderen van verontreinigde baggerspecie ter hoogte van de dokken en de taluds van de Antwerpse scheepswerf aan de Westzijde van het Hansadok. De opdracht wordt geraamd op een bedrag van 4.500.000 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 november 2014.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek B10246 “Baggerproject Antwerpse scheepswerf (Hansadok)”. De opdracht wordt gegund met de procedure van de open aanbesteding.

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

“ 1.3. Beschrijving van de werken

De opdracht omvat baggerwerkzaamheden van verontreinigde baggerspecie. De baggerspecie dient milieuvriendelijk gebaggerd en verwijderd te worden. De aannemer dient hiervoor het gepaste materieel in te zetten.

De aanneming heeft als doel het baggeren van sterk met TBT vervuilde baggerspecie. De vervuiling is afkomstig van historische verontreinigingen door scheepswerfactiviteiten uit het verleden. Deze baggerzone bevindt zich ter hoogte van de natte- en droogdokken en de taluds van de Antwerpse scheepswerf aan de Westzijde van het Hansadok. Het Hansadok en het nabij gelegen 4de havendok werden al, of worden in het kader van andere aanbestedingen vrij gemaakt van deze vervuilde baggerspecie. Vanuit het duurzaamheidsprincipe wil het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen de verspreiding van deze vervuilde baggerspecie van de zogenaamde bronzone naar de opgezuiverde delen van het dokkencomplex vermijden.

De gebaggerde specie wordt eigendom van de aannemer. De aannemer staat in voor het bekomen van alle noodzakelijke vergunningen, toelatingen en/of certificaten in het kader van de wettelijke afvoer en verwerking van de baggerspecie. De aannemer voorziet het nodige materieel om de gebaggerde specie, volgens de specificaties van de betrokken uitbater en de milieu-vergunnende overheden, op de gekozen verwerkingsinrichting(en) aan te brengen.

Voor de afvoer en de verwerking van de gebaggerde specie kan de aannemer desgewenst gebruik maken van de toelating voor de grensoverschrijdende overbrenging voor verwijdering in depot De Slufter te Rotterdam (Nederland) onder de EVOA-kennisgeving BE1004023 voor een hoeveelheid van 207.000 ton vervuilde baggerspecie, geldig voor 115 transporten over een periode van 1 oktober 2014 tot en met 30 september 2015 (beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 en beslissing van ILT-EVOA van 15 augustus 2014 – zie bijlage 1-A en 1-B aan dit bestek) .

Indien de aannemer van de bedoelde toelating ingevolge kennisgeving BE001004023 wenst gebruik te maken, gelden de volgende voorwaarden:

- De aannemer verbindt 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 ertoe om de identiteit van de vervoerder, van zodra deze bekend is, onverwijld en op de wettelijk voorziene wijze aan de bevoegde autoriteiten te melden (hierbij dient opgemerkt te worden dat de identiteit van de geplande vervoerder, zoals weergegeven op het goedgekeurde kennisgevingsdocument slechts voorlopig en uitsluitend met het oog op het doorlopen van de kennisgevingsprocedure werd ingevuld). Het Havenbedrijf zal de aannemer machtiging verlenen voor het vervullen van de bedoelde 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 staat in voor de betaling van de milieuheffingen op grond van art. 48, §2, 17° van het Afvalstoffendecreet dat ingevolge de bedoelde transporten verschuldigd is [...] en neemt het totale bedrag van de bedoelde milieuheffingen op in de transportprijs van de offerte; [...] De aannemer verbindt zich ertoe om het Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde milieuheffingen niet correct zouden zijn betaald.
- De aannemer verbindt er zich toe om de bepalingen van de bergingsovereenkomst (zie bijlage aan dit bestek), die aan de bedoelde toelating is verbonden, 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. De kosten hiervoor worden in de prijs in de meetstaat begrepen. 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.

- De aannemer voegt bij zijn inschrijving een schriftelijke verklaring waarin hij uitdrukkelijk de in deze paragraaf vermelde verbintenissen ten aanzien van het Havenbedrijf aangaat.

Voor het indienen van een geldige offerte is de aannemer geenszins verplicht om van de bedoelde toelating gebruik te maken. Het Havenbedrijf biedt de toelating uitsluitend aan als een faciliteit waarvan de aannemer zich vrijblijvend kan bedienen. Het staat de aannemer volkomen vrij om andere passende en wettelijke afvoer- en verwerkingsmogelijkheden voor te stellen.”

3.4. Op 24 juni 2014 had het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen een kennisgevingsdocument voor grensoverschrijdende afvaloverbrenging ingediend bij OVAM met het oog op het verkrijgen van een toelating voor transport van 414.000 ton 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” ondertekend door het Havenbedrijf Rotterdam op 8 mei 2014 en door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen alsook een attest van borgstelling van KBC Bank op naam van Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

3.5. Op 11 augustus 2014 had OVAM toestemming gegeven voor de gevraagde overbrenging onder kennisgeving BE001004023. Op 8 september 2014 gaf ook de Nederlandse Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu toestemming.

3.6. Op 22 december 2014 vindt de openingszitting plaats. Drie offertes worden ingediend:

- 1) Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv voor een bedrag van: 3.838.000 euro
- 2) THV Verdieping H4H voor een bedrag van: 9.948.250 euro

3) Aannemingsbedrijf Aertssen nv voor een bedrag van: 11.150.360 euro.
Deze prijzen zijn btw niet inbegrepen.

De offertes worden onderzocht. Aan de inschrijver bv Martens & Van Oord Aannemingsbedrijf wordt een prijsverantwoording gevraagd omtrent een aantal posten.

Het directiecomité van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen beslist op 2 februari 2015 de opdracht te gunnen aan de bv Martens & Van Oord Aannemingsbedrijf. Deze beslissing vermeldt onder meer wat volgt:

“De bieding van Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv is de goedkoopste en ligt veel lager dan de biedingen van de 2 andere offertes. Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv maakt als enige gebruik van de mogelijkheid om de gebaggerde baggerspecie in de deponie De Slufter te Rotterdam te bergen. Het was de aangehouden overtuiging van het GHA dat door het toelaten van deze mogelijkheid een interessante prijszetting mogelijk was. Deze prijszetting herbevestigt de gunstige prijszetting zoals bekomen met een gelijkaardige aanbesteding (B10133-Verdiepings-baggerwerken Antwerpse dokkencomplex Rechteroever 4de havendok) die eerder werd gegund aan Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv, Oosterhout NL en naar tevredenheid van het GHA werd uitgevoerd. Het prijsverschil houdt deels ook verband met het gekozen procedé voor de verwerking en berging van de baggerspecie, met name het aantal manipulaties die de aannemers voorzien tijdens het verwerkings- en bergingsproces. Het gekozen procedé van Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv betreft, per lading baggerspecie, één enkel transport en één hydraulisch bergingsproces. Aldus worden ook de transporten van de af te voeren baggerspecie beperkt.

Het onderzoek toont aan dat er geen redenen zijn om de prijzen van de offerte te beschouwen als abnormale (lage) prijzen en liggen in de lijn van de prijzen van eerder gegunde gelijkaardige werken. De prijsopgave van Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv is aannemelijk.

Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv heeft dan ook de laagste regelmatige offerte ingediend.”

Dit is de eerste bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

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

V. Ontvankelijkheid

5. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen een aantal excepties op.

Er bestaat geen noodzaak om over deze ontvankelijkheids-excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van:

“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 (‘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 3, 13°, artikel 4, §3, e), artikel 8 en artikel 25, 3°, a) van het decreet van 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen (‘Materialen-decreet’), 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 artikel 4.1.2.1, §2 van het Besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne (‘VLAREM II’), 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’), alsook in artikel 9, lid 4 van Richtlijn 2008/1/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 januari 2008 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging (IPPC-Richtlijn) en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering der bestuurs-handelingen en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer

specifiek uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Doordat, de verwerende partij ten onrechte toepassing maakt van een onwettige beslissing van de OVAM dd. 11 augustus 2014 (waarvan de vernietiging wordt verzocht door (onder meer) Derde en Vierde verzoekende partijen bij verzoekschrift tot schorsing en vernietiging d.d. 5 september 2014, procedure op heden hangende bij uw Raad) teneinde aan de inschrijvers toe te laten toepassing te maken van een uitvoeringsmethode waarbij de baggerspecie wordt getransporteerd en gedeponeerd, 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*) door de enkele verwijzing naar de zogenaamde VITO-studie, terwijl de kwalificatie feitelijk en juridisch onjuist is;

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

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 voorbij gaat aan het niet 'IPPC'-proof zijn van de exploitatie en inzake de al dan niet toepassing van de best beschikbare technieken (BBT) in het depot De Slufter;

Zodat 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."

Vervolgens wordt dit middel over 11 bladzijden nader toegelicht.

Beoordeling

8. In het arrest nr. 225.728 van 5 december 2013 met betrekking tot een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld door

dezelfde verzoekende partijen als de huidige en gericht tegen de gunningsbeslissing van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen van 14 oktober 2013 voor het uitvoeren van gelijkaardige baggerwerken aan het Antwerpse dokkencomplex, rechteroever, vierde Havendok, en waarbij een gelijkaardig middel werd opgeworpen ten aanzien van een eerdere toelating van OVAM voor grensoverschrijdend transport van verontreinigd baggerspecie naar De Slufter te Nederland, oordeelde de Raad van State:

“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.

[...]

12.4. 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 vervuilde 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.
[...]

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

Er valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom te dezen anders zou moeten worden geoordeeld.

9. Wat betreft de door de verzoekende partijen in de toelichting bij hun middel aangevoerde “op til staande vernietiging voor de Raad van de OVAM beslissing van 5 augustus 2013 (en de OVAM-beslissing van 11 augustus 2014)” kan worden volstaan met de vaststelling dat er vooralsnog geen arrest van de Raad van State is gewezen dat besluit tot nietigverklaring van de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013.

10. Voorts moet worden vastgesteld dat op 5 september 2014 tevens een schorsings- en annulatieberoep werd ingesteld bij de Raad van State door de nv Deme Environmental Contractors, de nv Envisan en de nv Ghent Dredging – tweede, derde en vierde verzoekende partij in huidige zaak – tegen de beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 houdende toestemming van het grensoverschrijdend slibtransport (A.213.598/VII-39.209) waarbij een analoog middel als het hier besproken middel wordt aangevoerd.

Bij arrest nr. 230.115 van 5 februari 2015 werd de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 verworpen bij gebrek aan spoedeisendheid in hoofde van de in huidig geding optredende tweede, derde en vierde verzoekende partij.

Het lijkt in die omstandigheden niet inpasbaar in de onderhavige procedure dat de verzoekende partijen bij het aanvechten zoals te dezen van een gunningsbeslissing, in een procedure verplicht gevoerd bij uiterst dringende noodzakelijkheid, alsnog een uitspraak afdwingen omtrent de rechtmatigheid van

een beslissing, andere dan de gunningsbeslissing. In de huidige spoedprocedure zijn de mogelijkheden van verweer van de verwerende en de tussenkomende partij immers beperkt en ontbreekt een aan partijen meegedeeld auditoraatsverslag, terwijl aan de andere kant de Raad reeds oordeelde, in voormeld arrest, dat de verzoekende partijen niet de vereiste spoedeisendheid aantoonen om rechtstreeks de tenuitvoerlegging van de beslissing van OVAM te laten schorsen.

11. Om al deze redenen leent het eerste middel zich niet tot een beoordeling in de onderhavige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partijen voeren in een tweede middel de schending aan van:

“artikel 23 en 24 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;

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 *in casu* beoogt de tweede Opdracht te gunnen middels een aanbesteding, maar in de aanbestedingsdocumenten in het bestek, zonder onderscheid, voorziet in twee geheel uiteenlopende uitvoeringsmethoden voor de uitvoering van de Opdracht, met name enerzijds het verwerken van de baggerspecie in verwerkingsinstallaties en het voorzien in eigen bergingsplaatsen van de baggerspecie, 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, het Bestek ertoe leidt dat 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 Opdracht”.

Hierop volgt een toelichting van een tweetal bladzijden, overheen negen randnummers.

Beoordeling

13. Er moet worden vastgesteld dat de verzoekende partijen in hun tweede middel weliswaar de schending aanvoeren van artikel 107 van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ betreffende met de interne markt onverenigbare steunmaatregelen van de Lidstaten maar voorts in de uiteenzetting van hun middel op geen enkele wijze meer deze schending ter sprake brengen en op geen enkele wijze concreet toelichten hoe de bestreden beslissing deze bepaling zou schenden.

Het middel is op dit punt dan ook geen rechtsmiddel en dus niet ontvankelijk.

14. Voorts werpt de verwerende partij in haar nota op dat in het middel ten onrechte een schending wordt aangevoerd van de artikelen 23 en 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ aangezien deze bepalingen slechts betrekking zouden hebben op opdrachten gegund in de klassieke sectoren terwijl voorliggende opdracht een opdracht met betrekking tot de speciale sectoren betreft.

Met de verwerende partij kan worden vastgesteld dat het in het middel geschonden geachte artikel 23 van de voormelde wet van 15 juni 2006 betrekking heeft op de gunning van overheidsopdrachten in de zogenoemde klassieke sectoren. Nochtans wordt de voorliggende opdracht door de verwerende partij gekwalificeerd als een opdracht in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, de speciale sectoren. Dit blijkt uit de aankondiging van de opdracht en uit het bestek. In de aankondiging die in het Bulletin der Aanbestedingen is

gepubliceerd, wordt in de hoofding van de aankondiging duidelijk vermeld “aankondiging van een opdracht - nutssectoren”.

Tevens wordt in het bestek, op bladzijde 4 met betrekking tot de geldende wetgeving voor de overheidsopdracht aangegeven dat het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ van toepassing is.

Ook bij hun derde middel wijzen de verzoekende partijen er op (bladzijde 31, voetnoot 21) op dat op de overeenkomst tussen het Gemeentelijk Havenbedrijf en het Havenbedrijf Rotterdam, de zogenoemde bergingsovereenkomst, in ieder geval de regelgeving overheidsopdrachten speciale sectoren van toepassing is.

Het middel waarin de schending wordt aangevoerd van artikel 23 van de voormelde wet en dat zonder meer van het tegendeel uitgaat, faalt in die mate dan ook. Daarbij weze opgemerkt dat van de rechter niet mag worden verwacht, al zeker niet in een procedure zoals bij uiterst dringende noodzakelijkheid, dat hij in de plaats van de verzoekende partijen nagaat welke de toepasselijke regelgeving is en die regels vervolgens aan de in het middel ingeroepen bepalingen zou substitueren, om daarna ook na te gaan in de plaats van de verzoekende partijen in welke mate die bepalingen wel of niet analoge verplichtingen inhouden als de ingeroepen, maar niet van toepassing zijnde bepalingen.

15. Artikel 24 van de voormelde wet van 15 juni 2006 is echter, in tegenstelling tot wat de verwerende partij in haar nota lijkt aan te voeren, ingevolge artikel 55, § 1, van die wet wel van toepassing op overheidsopdrachten in de speciale sectoren.

Dit artikel bepaalt:

“Art. 24. Wanneer de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, dient die te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, op straffe van een forfaitaire schadevergoeding vastgesteld op tien percent van het bedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde van deze offerte. Deze forfaitaire

schadevergoeding wordt eventueel aangevuld met een schadeloosstelling met het oog op het volledige herstel van de schade, wanneer deze voortvloeit uit een daad van corruptie als bedoeld in artikel 2 van het Burgerlijk Verdrag inzake corruptie, opgemaakt te Straatsburg op 4 november 1999.

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

16. De verzoekende partijen lijken daarbij niet zozeer te betogen dat de opdracht niet is gegund aan de laagste regelmatige inschrijver, maar lijken, zoals blijkt uit een eerste deel van hun toelichting, eerder aan te voeren dat er geen ruimte is om de regels van de aanbesteding te volgen omdat de prijzen van de offertes niet zouden kunnen worden vergeleken wegens de diversiteit van uitvoeringsmogelijkheden, en minstens dat aldus de aanbesteding geen “passende gunningswijze” kan zijn.

In de mate dat de verzoekende partijen nader betogen dat de prestaties nauwgezet en gedetailleerd beschreven moeten worden, omdat de prijzen anders niet vergelijkbaar zouden zijn, kan het volgende worden opgemerkt.

De uit te voeren werken lijken op het eerste gezicht duidelijk te worden omschreven in het bestek en er werden tevens technische specificaties omtrent de uit te voeren werken opgenomen, onder artikel 3.2 (bladzijden 26-31). Bij het bestek werd een opmetingsstaat gevoegd waarop 9 posten voorkomen die afzonderlijk worden omschreven, waaronder een post voor het transporteren conform de milieuwetgeving (post 3) en een post voor de verwerking en/of berging conform de milieuwetgeving (post 4). De verzoekende partijen kunnen dan ook niet worden gevolgd waar zij lijken te suggereren dat de inschrijvers niet precies konden weten welke werken van hen werden verwacht en hoe die dienden te worden uitgevoerd, zodat zij niet met volle kennis van zaken een prijsvoorstel zouden hebben kunnen indienen.

Uit de offertes van de inschrijvers kan de overheid 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 of bergen van de 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 de 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.

Ook de stelling van verzoekende partijen dat een vergelijking van de prijzen niet mogelijk zou zijn aangezien een offerte waarbij wordt gebruik gemaakt van berging van de baggerspecie in De Slufter aanzienlijke grotere risico's voor de overheid meebrengt, lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden gevolgd, nu het bestek in artikel 1.3 bepaalt dat de inschrijver die zich beroept op de toelating van OVAM ertoe gehouden is zelf in te staan voor het vervullen van alle voorwaarden die uitdrukkelijk of impliciet in de toelating zijn vermeld en zich er tevens toe verbindt om het Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde voorwaarden niet correct worden nageleefd (bestek, bladzijde 3). Daartoe dient de inschrijver bij zijn offerte een schriftelijke verklaring te voegen, zoals voorgeschreven in artikel 2.2.1 van het bestek waarin wordt bepaald: “Bij de inschrijving te voegen bescheiden: [...] een schriftelijke verklaring indien de inschrijver wenst gebruik te maken van door het Gemeentelijk Havenbedrijf bekomen toelating en bergings-overeenkomst voor afvoer naar De Slufter (...). Hierbij verklaart hij schriftelijk dat hij het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen integraal zal vrijwaren voor elke vorm van schade indien hij niet alle gepaard gaande bepalingen, voorwaarden en verbintenissen zoals vermeld in punt 1.3 volledig zou naleven.”

De verzoekende partijen tonen dan ook niet op voldoende onderbouwde wijze aan dat de aanbestedende overheid in dit geval meer risico zou lopen dan wanneer de inschrijver in een andere verwijderingmethode voor de baggerspecie voorziet.

17. Ten slotte tonen de verzoekende partijen op het eerste gezicht ook niet op afdoende wijze 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. Alle inschrijvers konden immers zonder onderscheid op gelijke wijze gebruik maken van de verkregen toelating.

18. Het tweede middel is deels niet ontvankelijk, deels niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

19. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van:

“de artikelen 3, 1° juncto 4° en 53 van de Wet Overheidsopdrachten, alsook van de artikelen 4 en 5 van de Wet Motivering Overheidsopdrachten, de bepalingen van hoofdstuk 6, dan wel de bepalingen van hoofdstuk 7 van het Koninklijk Besluit van 16 juli 2012 plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische rechtsgrond en van 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;

Doordat, eerste onderdeel, de Verwerende partij de beslissing tot het sluiten van de Bergingsovereenkomst heeft genomen op basis waarvan de offerte van de Haven van Rotterdam inzake het storten van specie in depot De Slufter alsook de Bergingsovereenkomst werd goedgekeurd en een onderhandse overeenkomst tussen Verwerende partij en de Haven van Rotterdam tot stand is gekomen, zonder daarbij de bepalingen van de Wet Overheidsopdrachten na te leven, en 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 geen offerte hebben kunnen indienen om in aanmerking te komen voor toewijzing van de opdracht;

Terwijl artikel 3, 1° juncto 4° 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 Wet Overheidsopdrachten en diens uitvoeringsregels, inzonderheid artikel 53 Wet Overheidsopdrachten, 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 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, de onwettig tot stand gekomen (beslissing tot goedkeuring van de) Bergingsovereenkomst overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten, en een inschrijver, c.q. opdrachtnemer in het kader van de gunningsprocedure voor de Opdracht geen beroep kan doen op de onwettig tot stand gekomen Bergingsovereenkomst en de Opdracht derhalve niet kan worden toegewezen aan een inschrijver, die toepassing maakt van de onwettige Bergingsovereenkomst;

En doordat, tweede onderdeel, de Bergingsovereenkomst werd gesloten, waarop door de gekozen inschrijver voor de 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 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 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, de onwettig tot stand gekomen (beslissing tot de goedkeuring van de) Bergingsovereenkomst overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten, en een inschrijver in het kader van de gunningsprocedure geen beroep kan doen op de onwettig tot stand gekomen Bergingsovereenkomst en de Opdracht derhalve niet kan worden toegewezen aan een inschrijver die toepassing maakt van de onwettige Bergingsovereenkomst door een uitvoeringsmethode te hanteren waarbij de baggerspecie in het buitenland wordt gedeponeed.”

Er volgt dan een toelichting van vijftien bladzijden.

Beoordeling

20. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op omdat het niet is gericht 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.

In het hiervoor aangehaalde arrest nr. 225.728 van 5 december 2013 inzake de nv Ondernemingen Jan de Nul en andere, oordeelde de Raad van State over een gelijkaardige exceptie bij een zo goed als identiek middel:

“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.”

De verzoekende partijen geven op geen enkele wijze aan waarom nu anders zou moeten worden geoordeeld. Daarbij lijkt te kunnen worden vastgesteld dat zij te dezen ook geen schorsings- of annulatieberoep lijken te hebben ingesteld tegen de voor de huidige zaak relevante beslissing van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen om een bergingsovereenkomst te sluiten met de Haven van Rotterdam. Het bij de Raad gekende annulatieberoep tegen deze

beslissing, A. nr. 214.705/XII-7799 werd ingesteld door de nv Silvamo en niet door de huidige verzoekende partijen.

21. Het derde middel is niet ontvankelijk.

VIII. Besluit

22. De verzoekende partijen blijken geen ernstig middel te hebben aangevoerd. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

IX. Rechtsplegingsvergoeding

23. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevorderde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf, vennootschap naar Nederlands recht, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 800 euro, elk voor een vierde, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 maart 2015,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest