

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.666 van 18 juni 2015
in de zaak A. 215.925/XII-7889**

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:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 mei 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[h]et ministe-

rieel besluit d.d. 18 maart 2015 van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw [...] waarbij toelating wordt gegeven aan Adviesbureau voor Bodemonderzoek nv om – in afwijking van artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL –, voor de overheidsopdracht voor aanneming van diensten van de OVAM ‘Versnelde aanpak van risicogronden in kwetsbare gebieden: Oost-en West-Vlaanderen’ [...] toch gebruik te maken van haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 4 juni 2015 heeft de nv Adviesbureau voor Bodemonderzoek, hierna de nv ABO, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 juni 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rika Heijse en Ewoud Hacke, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Samuel Mens, die loco advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de tussenkomende 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. OVAM 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” (hierna: GAO).

Artikel 1.5.2. van het toepasselijke bestek dat handelt over de selectiecriteria, specifieke criteria inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver, bepaalt dat de dienstverlener door OVAM is erkend als bodemsaneringsdeskundige type 2 bedoeld in 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).

De opdracht wordt op 2 december 2014 gegund aan de nv ABO.

3.2. In de zaak gekend onder rolnummer A.214.505/XII-7786 vraagt de verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 2 december 2014 en van de impliciete beslissing om deze opdracht niet te gunnen aan haar. Bij arrest nr. 229.783 van 12 januari 2015 beveelt de Raad van State de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van deze gunningsbeslissing en verwerpt de vordering voor het overige op grond van de volgende overwegingen:

“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. [...]

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 afwijkmogelijkheid 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.

[...]

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.”

Op 19 januari 2015 trekt OVAM de gunningsbeslissing van 28 november 2014 in. De verzoekende partij dient geen annulatieberoep in en bij arrest nr. 230.623 van 24 maart 2015 heft de Raad van State de bevolen schorsing op.

3.3. Op 19 februari 2015 dient de nv ABO bij de bevoegde Vlaamse minister voor de voormelde overheidsopdracht GAO een gemotiveerde aanvraag in tot afwijking van artikel 53/5, § 1, 4°, VLAREL en dit op grond van artikel 53/5, § 2, VLAREL.

3.4. Op 18 maart 2015 verleent de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw, met een “ministerieel besluit houdende uitspraak over het verzoek van Adviesbureau voor Bodemonderzoek nv tot afwijking van

artikel 53/5, § 1, 4°, van het VLAREL”, de gevraagde afwijking; dit is de bestreden beslissing die luidt:

“Gelet op het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid;

Gelet op het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 tot vaststelling van het Vlaams reglement inzake erkenningen met betrekking tot het leefmilieu (VLAREL), artikel 53/5, §1, 4°, en 53/5, §2;

Gelet op het besluit van de Vlaamse Regering van 25 juli 2014 tot bepaling van de bevoegdheden van de leden van de Vlaamse Regering, gewijzigd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 17 oktober 2014;

Gelet op het verzoek van Adviesbureau voor Bodemonderzoek nv (ABO nv) van 19 februari 2015 tot afwijking van artikel 53/5, §1, 4° van het VLAREL inzake het niet kunnen gebruik maken van haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige;

Overwegende dat de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (OVAM) een open aanbesteding heeft uitgeschreven voor een opdracht van diensten, in de aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 oktober 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 8 oktober 2014 genoemd ‘Versnelde aanpak van risicogronden in kwetsbare gebieden: Oost- en West-Vlaanderen’;

Overwegende dat ABO nv zich voor die opdracht heeft ingeschreven en dat de opdracht aan haar werd gegund bij beslissing van de OVAM van 2 december 2014;

Overwegende dat de Raad van State bij arrest nr. 229.783 van 12 januari 2015 de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de gunningsbeslissing heeft bevolen;

Overwegende dat de nv PMV een participatie heeft, weze het voor minder dan 5% van de stemrechten, in de ABO nv GROUP ENVIRONMENT en dus onrechtstreeks en gedeeltelijk, via de ABO nv HOLDING. de ABO nv financiert;

Overwegende dat de nv PMV het Vlaamse Gewest als enige aandeelhouder heeft;

Overwegende dat de Raad van State in zijn arrest nr. 229.783 van 12 januari 2015 ervan lijkt uit te mogen gaan dat ABO nv onrechtstreeks en gedeeltelijk via de nv PMV wordt gefinancierd door dezelfde persoon die de opdrachtgever controleert en financiert;

Overwegende dat de Raad van State in hetzelfde arrest heeft beslist dat artikel 53/5, §1, 4°, c), van het VLAREL kortweg een financiering lijkt te vereisen, rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk, en er geen drempel is vereist, noch voorwaarden worden opgelegd;

Overwegende dat ABO nv zich derhalve in een toestand van onverenigbaarheid bevindt waardoor zij geen gebruik mag maken van haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige met betrekking tot de voormelde overheidsopdracht voor aanneming van diensten;

Overwegende dat artikel 53/5, §1, 4°, c), van het VLAREL geen absoluut verbod inhoudt;

Overwegende dat artikel 53/5, §2, van het VLAREL voorziet in een afwijkmogelijkheid op het niet-gebruik mogen maken van een erkenning zoals bedoeld in artikel 53/5, §1, van het VLAREL;

Overwegende dat ABO nv op 19 februari 2015, ontvangen op 23 februari 2015, een gemotiveerd en gedocumenteerd verzoek tot afwijking heeft ingediend;

Overwegende dat ABO nv aanvoert aan volgende voorwaarden te voldoen:

- de kwaliteit van de uitvoering van de werkzaamheden wordt gewaarborgd;
- ABO nv verbindt zich ertoe de bijkomende controlekosten van OVAM te vergoeden;

Overwegende, wat de eerste voorwaarde betreft, dat ABO nv de volgende motivering aanvoert over de kwaliteit van de uitvoering van haar werkzaamheden:

- zij heeft een quality manual ingevoerd die alle medewerkers toelaat om kwaliteitsconform te opereren bij de uitvoering van de taken. Deze quality manual maakt deel uit van het dossier dat ABO nv bij haar verzoek heeft gevoegd en geeft blijk van een doorgedreven kwaliteitsmanagementsysteem dat van toepassing is op de diverse onderdelen van ABO nv, bovendien uitgewerkt in overeenstemming, zonder enige uitsluiting, met de vereisten van de ISO 9001:2008 Norm. Hieruit blijkt de strategische zorg voor de vereiste kwaliteit. ABO nv voert in dit verband aan dat de vzw Belgian Construction Certification Association verklaard heeft:
 - dat zij beantwoordt aan de norm NBN en ISO 9001:2008 (bijgevoegd certificaat geldig tot 20 september 2016);
 - dat het kwaliteitsmanagementsysteem van ABO nv beantwoordt aan de VEB-kwaliteitsnormen (bijgevoegd certificaat geldig tot 20 september 2016);
- zij heeft als lid van de vzw Vereniging van de Erkend Bodemsaneringsdeskundigen (VEB) de deontologische code van deze vereniging onderschreven en streeft aldus onder meer integriteit na evenals kwaliteit en objectiviteit van de dienstverlening, pertinente aspecten van de vereiste kwaliteitswaarborg. ABO nv voert in dit verband aan dat zij nooit voorwerp heeft uitgemaakt van enige sanctieprocedure bij de vzw VEB wegens niet-naleving van de betrokken deontologische code;
- zij wordt gecontroleerd op de kwaliteit inzake uitvoering door onafhankelijke geaccrediteerde instellingen;

Overwegende dat ABO nv naar alle redelijkheid op grond van bovenstaande heeft aangetoond dat de vereiste kwaliteit van de uitvoering van de werkzaamheden wordt gewaarborgd;

Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, verzoekster er zich toe heeft verbonden de bijkomende controlekosten van de OVAM te vergoeden;

Overwegende dat het door ABO nv tussen haakjes toegevoegde ‘(redelijke)’ geen afbreuk doet aan haar verbintenis, nu ervan moet worden

uitgegaan dat de OVAM naar alle zorgvuldigheid geen manifest onredelijke controlekosten uitgeeft;

Overwegende dat de Raad van State in het geciteerde schorsingsarrest overweegt dat op het eerste gezicht er bij de toepassing van artikel 53/5, §1, 4°, c), van het VLAREL geen terugkoppeling vereist is naar de doelstelling van het artikel, namelijk het niet in het gedrang brengen van de onafhankelijkheid van de deskundige;

Overwegende dat ABO nv in haar verzoek een apart onderdeel heeft gewijd aan de onafhankelijkheid van ABO nv ten opzichte van de nv PMV;

Overwegende dat ABO nv inzake de bedoelde onafhankelijkheid aanvoert:

- dat nv PMV als minderheidsaandeelhoudster (minder dan 5%):
 - geen enkele impact heeft op het bestuur van de vennootschap van ABO nv;
 - geen lid is van de Raad van Bestuur van ABO nv en al haar mandaten heeft neergelegd op 27 maart 2014, zoals blijkt uit door ABO nv bijgevoegde stukken;
- dat de behandeling van bodemonderzoeken en dossiers m.b.t. bodemonderzoeken niet tot de bevoegdheid van de raad van bestuur behoort;
- dat geen enkel lid van de raad van bestuur enige instructie kan geven aan enige medewerker van ABO nv betrokken bij onderzoekswerkzaamheden;
- dat de afgevaardigd bestuurder in deze hoedanigheid de rapporten van ABO nv ondertekent opdat ABO nv als vennootschap zou verbonden zijn, doch uitdrukkelijk zonder enige impact op de uitvoering van de werkzaamheden of verslaggeving;
- dat de controle op de werkzaamheden behoort tot de bevoegdheid van de operationele directeur van de betrokken afdeling van ABO nv, die hiertoe verklaringen op eer toevoegt aan het dossier;
- dat de competenties waarvan ABO nv blijkt geeft en die haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige schragen, haaks staan op welkdanige inmenging. Ook daarover voegt ABO nv een verklaring van werknemers toe aan haar dossier;

Overwegende dat ABO nv op grond van bovenstaande en de door haar bijgevoegde stukken naar alle redelijkheid heeft aangetoond te voldoen aan de voorwaarden:

- de kwaliteit van de uitvoering van de werkzaamheden wordt gewaarborgd;
- ABO nv verbindt zich ertoe de bijkomende controlekosten van de OVAM te vergoeden;

Overwegende dat ABO nv, niettegenstaande:

- de minderheidsparticipatie van de nv PMV in de ABO nv GROUP ENVIRONMENT en via de ABO nv Holding, in de ABO nv;
- dat de nv PMV het Vlaamse Gewest als enige aandeelhouder heeft;

- ABO nv onrechtstreeks via de nv PMV gedeeltelijk gefinancierd wordt door dezelfde persoon die de opdrachtgever controleert en financiert;

naar alle redelijkheid heeft aangetoond over de vereiste onafhankelijkheid te beschikken bij de uitvoering van haar diensten, zodanig dat zij toch gebruik mag maken van haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige voor het uitvoeren van de overheidsopdracht waarvoor de OVAM een open aanbesteding heeft uitgeschreven voor een opdracht van diensten, in de aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 oktober 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 8 oktober 2014 genoemd 'Versnelde aanpak van risicogronden in kwetsbare gebieden: Oost- en West-Vlaanderen';

Overwegende dat de OVAM de kwaliteit van de werkzaamheden en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de bodemsaneringsdeskundige in dit kader periodiek zal evalueren;

Overwegende dat de toelating om af te wijken van artikel 53/5, §1, 4° van het VLAREL inzake de onverenigbaarheid alleen van toepassing is voor het uitvoeren van de overheidsopdracht voor aanneming van diensten van de OVAM zoals bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 oktober 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 8 oktober 2014, daar genoemd 'Versnelde aanpak van risicogronden in kwetsbare gebieden: Oost- en West-Vlaanderen';

Overwegende dat de toelating om af te wijken te allen tijde kan worden opgeheven indien uit de periodieke evaluatie van de OVAM zou blijken dat de kwaliteit van de werkzaamheden of de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de bodemsaneringsdeskundige niet of niet afdoende gewaarborgd worden,

BESLUIT:

Artikel 1. Het verzoek van Adviesbureau voor Bodemonderzoek nv (ABO nv) van 19 februari 2015 tot afwijking van artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL inzake het niet kunnen gebruik maken van haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige, wordt ingewilligd. Haar wordt de toelating gegeven in afwijking van artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL inzake de onverenigbaarheid voor het uitvoeren van de overheidsopdracht voor aanneming van diensten van de OVAM zoals bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 oktober 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 8 oktober 2014, daar genoemd 'Versnelde aanpak van risicogronden in kwetsbare gebieden: Oost- en West-Vlaanderen', toch gebruik te maken van haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige.

Art. 2. [...].”

3.5. Op te merken valt dat de verzoekende partij op 27 april 2015 een stakingsvordering heeft ingediend bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel om de staking van de bodemsaneringswerkzaamheden door de nv ABO voor OVAM of Vlaamse steden en gemeenten te horen bevelen. Zij is van

oordeel dat het niet onderbreken van deze werkzaamheden door de nv ABO ondanks het oordeel van de Raad van Staat dat de nv ABO zich niet meer kan beroepen op haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige, een inbreuk uitmaakt op de eerlijke marktpraktijken en zo ernstige schade toebrengt aan haar beroepsbelangen.

3.6. Ook op 25 mei 2015 vraagt de verzoekende partij de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw van 18 maart 2015 waarbij de nv ABO een zelfde afwijking krijgt als die in de hier bestreden beslissing voor de dienstenopdracht “Begeleiding en Optimalisatie Saneringsprojecten SHIP (BOSS)” – hierna: SHIP, zaak gekend onder het rolnummer A.215.924/XII-7888. De beslissing van OVAM van 28 november 2014 om deze opdracht te gunnen aan de nv ABO werd eerder door de Raad van State geschorst bij arrest met nummer 229.782 van 12 januari 2015 op grond van dezelfde overwegingen als in het voormelde arrest met nummer 229.783.

3.7. Op 1 juni 2015 heeft OVAM de hier in het geding zijnde overheidsopdracht GAO opnieuw gegund aan de nv ABO. Hetzelfde gebeurt voor de overheidsopdracht SHIP.

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. De verzoekende partij vraagt de samenvoeging van de zaak met de zaak onder rolnummer A.215.924/XII-7888. Ondergeschikt vraagt zij de beide zaken op een zelfde terechtzitting te behandelen.

5.2. In de huidige stand van het geding dient niet te worden ingegaan op de vraag tot samenvoeging; het gaat om twee van elkaar onderscheiden bestreden beslissingen over afwijkingen voor twee verschillende opdrachten. Door de behandeling van de 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. 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.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij formuleert haar middel als volgt:

“Schending van:

- Artikel 53/5, §2 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),
- Artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen,
- De beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, en het motiveringsbeginsel,
- Het verbod op machtafwending in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State,
- In combinatie met een schending van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens,

doordat de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw [...] door middel van twee ministeriële besluiten d.d. 18 maart 2015 de

aanvragen van ABO tot afwijking van artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL in toepassing van het artikel 53/5, §2, van het VLAREL goedkeurt en het hierdoor aan ABO toegelaten wordt om gebruik te kunnen maken van haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige in de uitvoering van de overheidsopdrachten SHIP en GAO,

terwijl ABO zich in een situatie van onverenigbaarheid bevindt zoals bepaald in artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL, vastgesteld door de Raad van State in twee arresten van 12 januari 2015, doordat 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),

en terwijl de toepassing van artikel 53/5, §2, van het VLAREL een uitzonderingsbepaling is op artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL en om deze redenen restrictief dient toegepast te worden en als uitzonderlijke afwijking slechts kan worden toegestaan, waardoor het verboden is dergelijke uitzonderingsmogelijkheid op een veralgemeende en systematische wijze toe te kennen,

en terwijl de bestreden beslissing louter genomen is met het oogmerk elk nuttig effect te ontnemen aan de rechtsgevolgen van twee arresten van de Raad van State van 12 januari 2015 en zodoende de individuele situatie van een onderneming te regulariseren, mede omdat een financierende entiteit van de Vlaamse overheid (PMV) en een contracterende entiteit van de Vlaamse overheid (OVAM) belang hebben bij een regularisering van de individuele situatie van die ene specifieke onderneming, met name ABO.

zodat er sprake is van machtsafwending doordat de geest en doelstelling van artikel 53/5, §2 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) wordt miskend en de uitzonderingsbepaling wordt aangewend om de individuele situatie van één onderneming specifiek te regelen door een oneigenlijk gebruik van artikel 53/5, §2 VLAREL,

zodat de verzoekende partij elke vorm van een eerlijk proces wordt ontzegd en zo elke vorm van rechtsherstel wordt ontnomen en bijgevolg artikel 6 EVRM is geschonden.”

In haar toelichting betoogt de verzoekende partij op de eerste plaats dat artikel 53/5, § 2, VLAREL voorziet in een uitzondering op de regel vervat in artikel 53/5, § 1, VLAREL; afwijkingen moeten restrictief worden geïnterpreteerd. Een restrictieve interpretatie houdt in dat de toepassing van artikel 53/5, § 2, VLAREL er niet mag toe leiden dat er op een algemene en systematische wijze uitzonderingen worden toegekend; het kan immers onmogelijk de bedoeling

van de regelgever zijn om, via een systematische toepassing van een uitzonderingsbepaling, de rechtsbescherming die de bepalingen betreffende de onafhankelijkheid van de bodemsaneringsdeskundige omvatten, buiten spel te zetten. De bestreden beslissing strookt niet met dergelijke restrictieve interpretatie aangezien het bestuur hier deze bepaling aanwendt om op een algemene en systematische wijze afwijkingen op artikel 53/5, § 1, 4°, VLAREL toe te kennen aan de nv ABO. Zo wordt in de thans bestreden beslissing en in de beslissing inzake de opdracht SHIP op een identieke en zeer algemene manier ingegaan op het vereiste dat de bodemsaneringsdeskundige alsnog op een kwalitatieve wijze de werkzaamheden kan uitvoeren, zonder dat er ingegaan wordt op de specifieke eisen van de beide, afzonderlijke werven. Anders was het toen de verzoekende partij van de minister een gelijkaardige afwijking kreeg bij beslissing van 15 april 2013; de minister ging dan wel in op de specifieke elementen van het dossier.

Voorts merkt de verzoekende partij op dat de motieven om te besluiten dat de nv ABO haar werkzaamheden alsnog kwalitatief kan uitvoeren, onvoldoende zijn aangezien het bestuur louter verwijst naar een ‘*quality manual*’ zonder in te gaan op de concrete inhoud van deze handleiding, naar het lidmaatschap van de nv ABO bij een vzw waarbij zij een deontologische code onderschrijft en naar het feit dat nv ABO gecontroleerd wordt door “geaccrediteerde instellingen” zonder echter te specificeren over welke instellingen het gaat en op welke wijze deze controle kan bijdragen tot een kwalitatieve uitvoering van de specifieke werkzaamheden op elke van de beide werven. Dit zijn in wezen louter stijlformules. Dit geldt ook ten aanzien van de motivering die door de verwerende partij aangewend wordt om te beoordelen of de nv ABO onafhankelijk opereert. Ook die motivering is een stijlformulering die op identieke wijze voor de bestreden beslissing en de voormelde afwijkingsbeslissing voor de opdracht SHIP wordt aangewend en in het licht van de aankondiging dat er talrijke aanvragen tot afwijking hangende zijn, is het duidelijk dat deze motivering zal worden hernomen voor alle andere aanvragen om tegemoet te komen aan de onverenigbaarheid ten gevolge van de financiering door de nv PMV. De systematische toepassing van de motivering leidt ertoe dat zij niet langer een afdoende draagkracht heeft als uitzonderingsgeval. Bovendien wordt louter verwezen naar “verklaringen op eer” en “verklaringen van werknemers” zonder in te gaan op de precieze inhoud van deze verklaringen en op welke manier deze

verklaringen kunnen leiden tot een correcte beoordeling van de onafhankelijkheid van de nv ABO in de uitvoering van de opdrachten GAO en SHIP. Een loutere verwijzing naar stukken in het dossier om tot een bepaalde conclusie te komen, is in strijd is met een concrete en precieze motivering.

Ten slotte, zo vervolgt de verzoekende partij, probeert de verwerende partij, door de afwijking toe te staan, elk nuttig effect aan het arrest van de Raad van State van 12 januari 2015 te ontnemen. Dit is in strijd met de effectieve rechtsbescherming en het herstel van de wettigheid. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde reeds meermaals dat op grond van artikel 6 EVRM het actief bestuur verplicht is arresten na te komen. De afwijkingsmogelijkheid hiervoor gebruiken is buiten de bevoegdheid in VLAREL vervat. De afwijkingsmogelijkheid is hier aangewend voor private belangen en niet om het algemeen belang te dienen; het gaat hier om machtsafwendings. De verzoekende partij wijst er ook op dat de verwerende partij artikel 53/5, § 1, 4°, VLAREL wil aanpassen om de nv ABO ter wille te zijn. Ten slotte wijst zij er in dezelfde gedachtegang op dat OVAM blijkbaar wacht met het opnieuw gunnen van de opdracht GAO tot de gevolgen van het schorsingsarrest buiten werking zijn gesteld.

Beoordeling

8. Luidens artikel 53/5, § 2, VLAREL kan de minister op schriftelijk verzoek van de opdrachtgever of de bodemsaneringsdeskundige beslissen dat er toch gebruik mag worden gemaakt van de erkenning als bodemsaneringsdeskundige op voorwaarde dat de aanvrager aantoont dat de kwaliteit van de uitvoering van de werkzaamheden kan worden gewaarborgd en zich ertoe verbindt de bijkomende controlekosten van de OVAM te vergoeden. Er wordt in het enige middel niet betwist dat de nv ABO deze laatste verbintenis heeft aangegaan en dat aan de tweede voorwaarde om deze afwijking te verlenen is voldaan.

9. In de bestreden beslissing, die een afwijking betreft enkel voor de opdracht GAO en niet voor andere opdrachten, wordt uitvoerig gemotiveerd waarom de verwerende partij van oordeel is dat de kwaliteit van de uitvoering is gewaarborgd. Deze motivering lijkt te moeten worden samen genomen met de

‡BIGPLCIEH-BCBBGAT‡

overwegingen in de bestreden beslissing inzake de onafhankelijkheid van de nv ABO ten aanzien van de nv PMV en dus in feite ook van OVAM.

Deze motivering inzake de kwaliteitswaarborg lijkt geen stijlformule. Ze is gestoeld op een reeks concrete elementen eigen aan de nv ABO. Ook toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij door aldus te oordelen de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid in het kader van artikel 53/5, § 2, VLAREL heeft overschreden, noch waarom noodzakelijk de inhoud van het ‘*quality manual*’ in de bestreden beslissing diende te zijn opgenomen of vermeld diende te zijn welke de geaccrediteerde instellingen zijn.

In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat in de bestreden beslissing louter verwezen wordt naar het onderschrijven van een deontologische code, gaat zij er trouwens aan voorbij dat in de bestreden beslissing wordt vermeld dat het gaat om het onderschrijven, als lid, van de deontologische code van de vzw Vereniging van de Erkende Bodemsaneringsdeskundigen en dat de nv ABO aldus “onder meer integriteit na[streeft] evenals kwaliteit en objectiviteit van de dienstverlening, pertinente aspecten van de vereiste kwaliteitswaarborg”. De motivering is ook niet beperkt tot die elementen maar verwijst bijvoorbeeld ook naar de verklaring van de vzw Belgian Construction Certification Association dat de nv ABO beantwoordt aan de norm NBN en ISO 9001/2008, alsook dat het kwaliteitsmanagementsysteem van de nv ABO beantwoordt aan de kwaliteitsnormen van de vzw Vereniging van de Erkende Bodemsaneringsdeskundigen. Op deze punten gaat de verzoekende partij op geen enkele manier in het middel in. Er lijkt hier voorts te mogen worden aangenomen dat de verzoekende partij als gespecialiseerd inschrijver voldoende bekend is met de in de bestreden beslissing opgenomen kwaliteitselementen.

10. De overwegingen in de bestreden beslissing inzake de onafhankelijkheid van de nv ABO ten opzichte van de nv PMV en dus onrechtstreeks van de opdrachtgever, OVAM, lijken voorts evenmin een stijlformule. Deze overwegingen betreffen precies de specifieke situatie van de nv ABO, namelijk de positie tegenover de opdrachtgever, oorzaak van het niet kunnen gebruik maken van de erkenning als bodemsaneringsdeskundige en van de vraag tot afwijking. De verzoekende partij lijkt niet aan te tonen dat deze elementen, die

‡BIGPLCIEH-BCBBGAT‡

helemaal niet beperkt zijn tot de concrete opmerking over de “verklaringen op eer” en de “verklaringen van werknemers”, niet relevant kunnen zijn voor de afwijkingsproblematiek.

11. Het feit dat deze overwegingen inzake kwaliteit en onafhankelijkheid ook zijn opgenomen in een gelijktijdig verleende afwijking voor de opdracht SHIP houdt evenmin in dat die motivering niet meer concreet en specifiek de nv ABO betreft. Dit vloeit evenmin voort uit het feit dat deze motivering eventueel ook hernomen zou worden in andere beslissingen over andere afwijkingsaanvragen van de nv ABO.

12. Dat de bestreden beslissing zich toespitst op de nv ABO en niet op de specificaties van een bepaalde werf lijkt voor de hand te liggen aangezien de problematiek zich situeert bij de nv ABO en haar financieringswijze en niet bij de eenheden van een bepaalde opdracht. De vergelijking die de verzoekende partij maakt met de eerder aan haar toegekende afwijking, waar de afwijkingsproblematiek zich wel situeerde op de concrete saneringsmethodologie van de werf, gaat dan ook niet op.

13. De kritiek van de verzoekende partij dat de bestreden beslissing louter genomen is om elk nuttig effect te ontnemen aan het arrest nr. 229.783 van 12 januari 2015 waarbij de gunning van de opdracht GAO aan de nv ABO in haar tenuitvoerlegging werd geschorst, wordt evenmin bijgevalen.

In dit arrest stelt de Raad van State immers enkel vast dat de nv ABO *prima facie* viel onder de onverenigbaarheid van artikel 53/5, § 1, VLAREL en dat de opdracht bijgevolg niet aan haar mocht worden gegund, maar dat evenmin vaststaat dat de opdracht diende te worden gegund aan de verzoekende partij 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. Aangezien die afwijking niet was gevraagd noch *a fortiori* verleend, kon en diende de Raad zich niet uit te spreken over de vraag of de beslissing waarbij de afwijking eventueel zou worden verleend, rechtmatig is. Het enkele feit dat de gevraagde afwijking wordt verleend, lijkt

aldus niet elk nuttig effect aan het arrest te ontnemen noch de rechtsgevolgen ervan buiten werking te stellen.

De verzoekende partij toont ook niet aan dat de bestreden beslissing louter zou zijn genomen met het doel elk nuttig effect aan het voormelde arrest te ontnemen of de individuele situatie van één onderneming te regulariseren. De aangevoerde machtsafwending is dan ook niet aangetoond. In dezelfde gedachtegang moet hier ook worden opgemerkt dat aldus het feitelijk uitgangspunt van de ingeroepen schending van artikel 6 EVRM faalt; overigens mag hier ten overvloede worden opgemerkt dat de verzoekende partij de afwijkingsbeslissingen zelf kan aanvechten, wat zij hier ook doet. De verzoekende partij lijkt overigens in haar argumentatie steeds voorbij te gaan aan de in de wet opgenomen afwijkmogelijkheid van artikel 53/5, § 2, VLAREL.

De verzoekende partij lijkt ook geen argumentatie te kunnen putten uit het feit dat de verwerende partij artikel 53/5, § 1, 4°, VLAREL wil aanpassen. Het lijkt aan de uitvoerende macht te behoren om, wanneer zij van oordeel is dat bepaalde regelgeving zoals toegepast door een rechtscollege, niet haar doelstelling bereikt, deze regelgeving eventueel aan te passen. De vraag of die aanpassing wettig is lijkt hier niet relevant aangezien thans enkel de wettigheid van de bestreden afwijkingsbeslissing aan de orde is.

Ten slotte moet er worden op gewezen dat de opdracht GAO op 1 juni 2015 opnieuw gegund is aan de nv ABO zodat de verzoekende partij uit het door haar beweerd uitblijven van die beslissing geen argument lijkt te kunnen putten.

14. Besluit is dat de verzoekende partij er op het eerste gezicht niet in slaagt de schending van de aangevoerde bepalingen en beginselen aan te tonen. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

15. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden

‡BIGPLCIEH-BCBBGAT‡

verworpen en de kosten ervan, met inbegrip van een niet betwiste rechtsplegingsvergoeding van 700 euro ten voordele van de verwerende partij, dienen ten laste van de verzoekende partij te worden gelegd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Adviesbureau voor Bodemonderzoek (nv ABO) tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro 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 18 juni 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra