

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.859 van 7 juli 2015
in de zaak A. 216.161/XII-7899**

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 AFVALSTOFFEN-
MAATSCHAPPIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Luypaers en Hans-Kristof Carême
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
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 16 juni 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- de beslissing van 01 juni 2015 van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij tot gunning van de overheidsopdracht voor aanneming van diensten ‘BOSS – Begeleiding en Optimalisatie Saneringsprojecten SHIP’ met bestek nummer ‘BN140602’ aan de naamloze vennootschap Adviesbureau voor bodemonderzoek [...],
- en de impliciete beslissing tot niet-gunning van de opdracht aan de naamloze vennootschap Terra Engineering & Consultancy”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met een verzoekschrift van 24 juni 2015 heeft de nv Adviesbureau Voor Bodemonderzoek (Abo) gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 juni 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rika Heijse, Ewoud Hacke en Audrey Baeyens, die loco advocaat Peter De Smedt verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Hans-Kristof Carême en Sarah Brouwers, die loco advocaat Peter Luypaers verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen 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. De verwerende partij schrijft een open aanbesteding uit voor een opdracht van diensten, in de aankondiging genoemd “Begeleiding en Optimalisatie Saneringsprojecten SHIP (BOSS)”.

De opdracht wordt op 11 augustus 2014 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 13 augustus 2014 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 22 september 2014. Naast drie andere inschrijvers dienen de verzoekende partij en de nv ABO een offerte in.

3.3. In een gunningsverslag van 10 november 2014 worden alle inschrijvers geselecteerd.

Alle offertes worden regelmatig bevonden – de offerte van de nv ABO nadat op 21 oktober 2014 een prijsverantwoording was gevraagd voor haar totaalprijs en voor bepaalde posten, die op 24 oktober 2014 werd meegedeeld – en de volgende prijstabel wordt opgesteld:

Inschrijver	Prijs (euro, incl. BTW)
Envirosoil nv	469.419,50
Terra Engineering & Consultancy nv	400.733,85
Antea Belgium nv	457.452,60
Adviesbureau voor bodemonderzoek	355.746,05
Sertius cvba	688.612,21

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

3.4. Met verwijzing naar het gunningsverslag gunt de verwerende partij op 28 november 2014 de opdracht aan de nv ABO.

3.5. In de zaak gekend onder rolnummer A. 214.478/XII-7782 vraagt de verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 28 november 2014 en van de impliciete beslissing om de voormelde opdracht niet aan haar te gunnen.

Bij arrest nr. 229.782 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% aandeelhouder van de nv ABO Holding die op haar beurt 100% aandeelhouder 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 tussenkomen partij, weze het voor minder dan 5% van de stemrechten. De verwerende partij noch de tussenkomen 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 tussenkomen 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.”

3.6. Op 19 januari 2015 trekt OVAM de gunningsbeslissing van 28 november 2014 in.

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

3.8. 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.

Deze beslissing 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 11 augustus 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 augustus 2014 genoemd ‘Begeleiding en Optimalisatie Saneringsprojecten SHIP (BOSS)’;

Overwegende dat ABO nv zich voor die opdracht heeft ingeschreven en dat de opdracht aan haar werd gegund bij beslissing van de OVAM van 28 november 2014;

Overwegende dat de Raad van State bij arrest nr. 229.782 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. 229.782 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 11 augustus 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 augustus 2014 genoemd 'Begeleiding en Optimalisatie Saneringsprojecten SHIP (BOSS)';

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 11 augustus 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van

13 augustus 2014, daar genoemd ‘Begeleiding en Optimalisatie Saneringsprojecten SHIP (BOSS)’;

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 11 augustus 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 augustus 2014, daar genoemd ‘Begeleiding en Optimalisatie Saneringsprojecten SHIP (BOSS)’, toch gebruik te maken van haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige.

Art. 2. [...]”

3.9. In de zaak gekend onder rolnummer A. 215.924/XII-7888 vraagt de verzoekende partij op 25 mei 2015 de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van dit ministerieel besluit.

Bij arrest nr. 231.665 van 18 juni 2015 verwerpt de Raad van State deze vordering.

3.10. De nv ABO deelt met een blijkbaar aangetekende brief van 30 maart 2015 voormeld afwijkingsbesluit mee aan OVAM.

3.11. Op 28 mei 2015 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld. Drie inschrijvers worden geselecteerd waaronder de verzoekende partij, de nv ABO en de nv Antea Belgium. Wat de nv ABO betreft, wordt met een verwijzing naar voormelde ministeriële toegestane afwijking op artikel 53/5, § 1, VLAREL besloten dat de onverenigbaarheid te dezen niet speelt en dat zij gebruik mag maken van haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige.

Twee andere inschrijvers worden voorwaardelijk geselecteerd.

Alle offertes worden regelmatig bevonden. Voor de offerte van de nv ABO gebeurt dit met verwijzing naar de eerder gevraagde prijsverantwoording voor de totaalprijs en bepaalde posten, verantwoording die, zoals in het eerdere gunningsverslag van 10 november 2014, wordt aanvaard.

Dezelfde prijstabel wordt opgesteld als in het eerste gunningsverslag en er wordt opnieuw voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv ABO als laagste regelmatige inschrijver.

3.12. Met verwijzing naar het gunningsverslag van 28 mei 2015 gunt de verwerende partij op 1 juni 2015 de opdracht aan de nv ABO.

Dit is de eerste bestreden beslissing die ook de tweede bestreden beslissing – de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij – omvat.

3.13. Met een blijkbaar aangetekende brief van 1 juni 2015 – en volgens het verzoekschrift ook met een e-mail van die datum – 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.

IV. Tussenkomen

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

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. De verzoekende partij heeft in de vooravond van de dag voorafgaand aan de dag van de terechtzitting aan de Raad van State en aan de andere partijen in het geding een “informatieve nota” en een stuk medegedeeld, dat zij in die nota van commentaar voorziet.

Deze nota en het stuk worden uit het debat geweerd. Ze aanvaarden zou het recht op tegenspraak van de verwerende en de tussenkomende partij op onevenredige wijze beperken en ze onttrekken zich op die wijze eveneens aan een gedegen onderzoek door het auditoraat.

VI. Verzoek tot samenvoeging

6.1. De verzoekende partij vraagt de samenvoeging van de zaak met de zaak onder rolnummer zaak onder rolnummer A. 216.162/XII-7900. Ondergeschikt vraagt zij de beide zaken op eenzelfde terechtzitting te behandelen.

6.2. Door de behandeling van de beide zaken op dezelfde terechtzitting lijkt voldoende tegemoet te worden gekomen aan de vraag van de verzoekende partij.

VII. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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 kan verantwoorden.

VIII. Onderzoek van de middelen

8. De verzoekende partij ontwikkelt te dezen drie middelen, telkens met een uitvoerige toelichting. Gelet op de contraintes van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de huidige, dient de Raad van State zich te beperken tot het beoordelen van hetgeen zich in dat betoog *prima facie* als duidelijke grief aandient.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. 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 verwerende partij de bestreden beslissing baseert op een ministerieel besluit d.d. 18 maart 2015 van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw houdende de aanvraag van ABO tot afwijking van artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL, in toepassing van het artikel 53/5, § 2, van het VLAREL, waardoor het aan ABO toegelaten is

om gebruik te kunnen maken van haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige in de uitvoering van deze opdracht, terwijl ABO sinds 27 maart 2014, onrechtstreeks en gedeeltelijk gefinancierd wordt door het Vlaamse Gewest, dat op zijn beurt de OVAM financiert, hetgeen is vastgesteld door de Raad van State een arrest van 12 januari 2015 (nr. 229.783 [lees 229.782]), en terwijl de toepassing van artikel 53/5, § 2, van het VLAREL een uitzonderingsbepaling is op artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL dat 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 het ministerieel besluit d.d. 18 maart 2015 van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw houdende de aanvraag van ABO tot afwijking van artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL, in toepassing van het artikel 53/5, §2, van het VLAREL, louter genomen is met het oogmerk elk nuttig effect te ontnemen aan de rechtsgevolgen van het arrest van de Raad van State van 12 januari 2015 (nr. 229.783 [lees 229.782]) en zodoende de individuele situatie van een onderneming regulariseert, mede omdat een financierende entiteit van de Vlaamse overheid (PMV) en de verwerende partij belang hebben bij een regularisatie van de individuele situatie van die ene specifieke onderneming, met name ABO, zodat deze afwijkingsbeslissing van de Vlaamse minister onwettig is, 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 het ministerieel besluit d.d. 18 maart 2015 van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw genomen in toepassing van artikel 53/5, § 2, van het VLAREL wordt aangewend in de bestreden beslissing om de individuele situatie van één onderneming specifiek te regelen, 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, waardoor de afwijkingsbeslissingen van de Vlaamse minister onwettig is, Zodat de thans bestreden gunningsbeslissing, in de mate dat zij in wezen gesteund is op een onwettige afwijkingsbeslissing, de vereiste motiveringsdraagkracht mist, niet zorgvuldig is opgesteld, strijdig is met de eigen besteksbepalingen omdat niet aan de selectie-eis inzake de erkenning als bodemsaneringsdeskundige is voldaan en zij elke vorm van rechtsherstel aan verzoekende partij ontnemt, Zodat bijgevolg de thans bestreden beslissing op haar beurt ook onwettig is.”

Beoordeling

10. Dit middel herneemt in wezen het enige middel opgeworpen in de hiervoor na randnummer 3.9 vermelde zaak waarin de Raad van State dat middel bij arrest nr. 231.665 van 18 juni 2015 als volgt als niet ernstig heeft verworpen:

“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 SHIP 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 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 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 GAO 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 eigenheden 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. 229.782 van 12 januari 2015 waarbij de gunning van de opdracht SHIP 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 afwijkingsmogelijkheid 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 rechtscollège, 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 SHIP 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.”

11. De Raad van State ziet geen reden om in onderhavige zaak anders te oordelen, temeer omdat de verzoekende partij ter terechtzitting betreffende het middel niet meer reageerde op het verweer en het middel enkel handhaafde. Opnieuw blijkt niet dat de bestreden beslissing onwettig is omdat deze zou steunen op een onwettig afwijkingsbesluit.

Het argument in de toelichting bij het middel, dat thans ook uit het feit dat OVAM deze afwijkingsbeslissing aanwendt om de opdracht te gunnen aan de nv ABO zoals blijkt uit het gunningsverslag van 28 mei 2015 volgt dat de afwijkingsbeslissing door de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en

‡AHHPNCCDA-BCBEBDV‡

Landbouw louter genomen is om de rechtsgevolgen van het hiervoor na randnummer 3.5. vermelde schorsingsarrest nr. 229.782 van 12 januari 2015 buiten werking te stellen, leidt daarbij niet tot een andere conclusie en gaat voorbij aan de hiervoor geciteerde overwegingen over de rechtsgevolgen van dat arrest.

12. Voorts wordt geenszins aangetoond waarom het gevolg geven aan een afwijkingsbesluit, waarvan om de voormelde redenen de onwettigheid niet *prima facie* is aangetoond, machtsafwending in hoofde van OVAM zou aantonen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. De verzoekende partij formuleert haar middel als volgt:

“Schending van:

- Artikel 5, tweede lid, van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten,
- Artikel 58, § 1 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren [hierna : koninklijk besluit Plaatsing],
- 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,
- Het selectie criterium verwoord onder rubriek 1.6.2 van het bijzonder bestek ‘BOSS –Begeleiding en Optimalisatie Saneringsprojecten SHIP’ met besteknummer ‘BN140602’ inzake de vereiste erkenning van de dienstverlener als bodemsaneringsdeskundige type 2,
- De beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het beginsel van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, en het legaliteitsbeginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’,
- In combinatie met een schending van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens,

doordat de verwerende partij de voorliggende opdracht gunt aan ABO,

terwijl ABO sinds 27 maart 2014, onrechtstreeks en gedeeltelijk gefinancierd wordt door het Vlaamse Gewest, dat op zijn beurt de OVAM financiert, hetgeen is vastgesteld door de Raad van State in twee arresten van 12 januari 2015, waardoor ABO zich op het moment van het indienen

van de offerte in een situatie van onverenigbaarheid bevond zoals bepaald in artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL en dus niet voldeed aan de selectie-eis inzake het kunnen gebruik maken van een erkenning als bodemsaneringsdeskundige, dat dergelijk vaststelling definitief is en niet-regulariseerbaar, en terwijl het ministerieel besluit d.d. 18 maart 2015 van de Vlaams minister van Omgeving, Natuur en Landbouw houdende uitspraak over het verzoek van ABO tot afwijking van artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL, voor zover dit besluit wettig is, geen retroactieve uitwerking heeft in de tijd, doch slechts voor de toekomst geldt, zodat door de toepassing van artikel 53/5, §1, 4°, van het VLAREL, ABO als inschrijver op het moment van het indienen van de offerte geen beroep kon doen op haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige type 2, zodat voorliggende opdracht, bij toepassing van een rechtmatige kwalitatieve beoordeling van de offertes van de inschrijvers, niet aan ABO kan worden toegekend, en zodat de bestreden gunningsbeslissing in strijd is met de besteksbepalingen, niet draagkrachtig is gemotiveerd, niet zorgvuldig is genomen, indruist tegen de rechtmatige verwachtingen van verzoekende partij en aan verzoekende partij elke vorm van rechtsherstel ontnemt en bijgevolg artikel 6 EVRM is geschonden.”

Beoordeling

14. In het gunningsverslag van 28 mei 2015, waarop de bestreden beslissing steunt, wordt de nv ABO geselecteerd met onder meer de volgende overweging :

“Op 30 maart 2015 heeft Adviesbureau voor Bodemonderzoek nv de OVAM in kennis gesteld van het besluit van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw d.d. 18 maart 2015. In dit besluit wordt Adviesbureau voor Bodemonderzoek nv de toelating gegeven om 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 11 augustus 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 13 augustus, daar genoemd ‘Begeleiding en Optimalisatie van Saneringsprojecten SHIP (BOSS)’, toch gebruik te maken van haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige. Gelet op de door de Minister toegestane afwijking, moet besloten worden dat artikel 53/5, § 1 van het VLAREL ten aanzien van Adviesbureau voor Bodemonderzoek nv in deze niet speelt en dat zij gebruik kan maken van haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige. Adviesbureau voor Bodemonderzoek nv beschikt over de vereiste erkenning en mag hiervan gebruik maken.”

15. In het middel klaagt de verzoekende partij in essentie aan dat de opdracht niet mocht worden gegund aan de nv ABO en dat deze niet geselecteerd mocht worden aangezien deze zich op het moment van het indienen van de offerte in een toestand van onverenigbaarheid bevond als bedoeld in artikel 53/5, § 1, VLAREL en bijgevolg haar erkenning als bodemsaneringsdeskundige type 2 tegenover OVAM niet mocht gebruiken. Het hiervoor geciteerde ministeriële afwijkingsbesluit van 18 maart 2015 verandert hieraan volgens haar niets aangezien dit besluit geen retroactieve uitwerking in de tijd heeft.

16. In de huidige stand van het geding wordt deze grief om de volgende redenen niet bijgevalen.

17. Vastgesteld wordt dat de nv ABO op het moment van het indienen van de offerte en blijkbaar nog steeds beschikt over de vereiste erkenning als bodemsaneringsdeskundige type 2. Tevens kan worden aangenomen dat de nv ABO er dan van uitging dat er geen onverenigbaarheid was ten opzichte van OVAM en uit het hiervoor aangehaalde standpunt van OVAM en de eerste – ingetrokken – gunningbeslissing van 28 november 2014 lijkt te kunnen worden afgeleid dat OVAM minstens ook van mening was dat er geen onverenigbaarheid was. In het schorsingsarrest nr. 229.782 van 12 januari 2015 stelde de Raad van State *prima facie* echter vast dat de nv ABO onrechtstreeks via de nv PMV gedeeltelijk wordt gefinancierd door dezelfde persoon die de opdrachtgever controleert en financiert en dat de onverenigbaarheid bedoeld in artikel 53/5, § 1, 4°, VLAREL bijgevolg toch van toepassing leek.

Tegelijk overwoog de Raad dat artikel 53/5, § 2, VLAREL de mogelijkheid biedt een afwijking te verkrijgen op die onverenigbaarheid, en kan thans worden vastgesteld dat de nv ABO deze afwijking op 18 maart 2015 voor de voorliggende opdracht verkreeg en dat zij bijgevolg, op het moment van haar selectie en de gunning vervat in de bestreden beslissing, haar erkenning mocht gebruiken.

In de mate dat in dit middel de wettigheid van dit afwijkingsbesluit in vraag wordt gesteld via de formule “voor zover dit besluit wettig is” in het middel zelf, wordt aangenomen dat hiermee wordt verwezen naar het eerste middel dat reeds niet ernstig werd bevonden.

18. Te dezen lijkt de verleende afwijking veeleer een uitsluitend objectief en niet voor verandering vatbaar gegeven dat de ingediende offerte vervolledigt, te meer omdat niet wordt beweerd, laat staan aangetoond dat de nv ABO niet aan de andere selectievoorwaarden voldeed bij het indienen van de offerte. Zij was op dat ogenblik erkend en is dat nog steeds. Pas in de loop van de gunningsprocedure werd door de Raad van State een onverenigbaarheid vastgesteld in de zin van artikel 53/5, § 1, VLAREL, zodat de nv ABO die erkenning niet mocht gebruiken voor de voorliggende opdracht. De verkregen afwijking, waarop de bestreden beslissing met haar selectie steunt, lijkt aldus enkel de offerte te vervolledigen met het bewijs dat toch van de erkenning gebruik mag worden gemaakt.

19. Evenmin wordt *prima facie* aangetoond waarom terugwerkende kracht zou zijn verleend aan het afwijkingsbesluit of waarom het aldus aan de verzoekende partij elke vorm van rechtsherstel na het schorsingsarrest nr. 229.782 ontnemt. In wezen lijkt deze laatste grief trouwens het eerste middel te hernemen en het reeds verworpen middel in het na randnummer 3.9. vermelde arrest nr. 231.665.

20. In de mate dat in het middel wordt aangevoerd dat de bestreden gunningsbeslissing aan de verzoekende partij elke vorm van rechtsherstel ontnemt en bijgevolg artikel 6 EVRM is geschonden, lijkt deze grief te steunen op de interpretatie dat uit het schorsingsarrest nr. 229.782 van 12 januari 2015 en de daarin in hoofde van de nv ABO vastgestelde onverenigbaarheid in de zin van artikel 53/5, § 1, 4°, VLAREL en het bestek voortvloeit dat de offerte diende te worden geweerd wegens niet overeenstemming met de kwalitatieve selectievoorwaarden. Uit het voorgaande blijkt dat het uitgangspunt van deze grief niet wordt bijgevalen en in de huidige stand van het geding volstaat deze vaststelling alleen al om deze grief als niet ernstig te verwerpen.

21. Wat de grief betreft, dat de bestreden beslissing indruist tegen de rechtmatige verwachtingen van de verzoekende partij, wordt vastgesteld dat dit, indien juist, veeleer het niet ingeroepen vertrouwensbeginsel lijkt te betreffen. Voorts lijken die rechtmatige verwachtingen afgeleid uit voormeld schorsingsarrest nr. 229.782 maar om de voormelde redenen dan, zo lijkt, ten onrechte.

22. Ten slotte is in dit middel nog de schending van de formelemotiveringsplicht aan de orde.

De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting, die de verzoekende partij afleidt uit de wet van 29 juli 1991, aldus de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Te dezen toont de verzoekende partij niet concreet aan dat en blijkt ook niet *prima facie* waarom de motivering van de bestreden beslissing de verzoekende partij niet in staat stelde zich betreffende de selectie van en de gunning aan de nv ABO in rechte te verdedigen. Het tegendeel blijkt veeleer uit de opgeworpen middelen.

23. Deze vaststellingen volstaan om het middel niet ernstig te bevinden.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

24. De verzoekende partij formuleert haar derde en laatste middel als volgt:

“Schending van:

- Artikel 21 en 95 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren,
- Artikel 19, § 3, van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren,
- De beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het beginsel van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel *‘patere legem quam ipse fecisti’*,

doordat de verwerende partij in haar gunningsverslag d.d. 28 mei 2015 nalaat op een volledige manier het prijsonderzoek te voeren,

terwijl ABO door het ministerieel besluit d.d. 18 maart 2015 van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw houdende de aanvraag van ABO tot afwijking van artikel 53/5, § 1, 4°, van het VLAREL, in toepassing van het artikel 53/5, § 2, van het VLAREL, verplicht is om in de uitvoering van deze opdracht bijkomende controlekosten van de OVAM te vergoeden bovenop de normale, forfaitaire prijzen van deze opdracht,

en terwijl de bijkomende controlekosten van de OVAM die ABO dient te vergoeden tijdens de uitvoering van deze opdracht niet in de inschrijvingsprijs van de offerte van ABO inbegrepen zijn en uit de beschikbare gegevens blijkt dat de bijkomende controlekosten van de OVAM een zeer grote impact hebben op de prijscomponent van ABO,

zodat de inschrijvingsprijs in de offerte van ABO niet in overeenstemming is met de werkelijke prijs voor het uitvoeren van deze opdracht, zodat de prijs van de offerte een onrealistische prijs is want te laag omdat zij niet alle kosten dekt, dat de offerte dan ook substantieel onregelmatig is omdat ze niet overeenstemt met de werkelijke kosten en abnormaal laag is,

en zodat de offerte van ABO moet worden geweerd en de voorliggende opdracht bij toepassing van een volledig prijsonderzoek door de verwerende partij niet aan ABO kan gegund worden.”

Beoordeling

25. Het feitelijk uitgangspunt van dit middel steunt volgens de toelichting op een extrapolatie naar de voorliggende opdracht van de kosten van de bijkomende proeven die de verzoekende partij zelf diende te dragen in het kader van een haar bij besluit van 15 april 2013 verleende afwijking op dan nog artikel 46 VLAREBO.

26. Het blijkt echter niet voldoende dat de kosten van de bijkomende proeven die de verzoekende partij diende te dragen in het kader van dat afwijkingsbesluit van 15 april 2013 zonder meer en zoals zij in dit middel doet, geëxtrapoleerd kunnen worden naar de voorliggende opdracht. Zo valt op dat in die afwijkingsbeslissing wordt vermeld dat het daar ging om een complexe bodem- en verontreiniging en een noodzaak van innovatieve bodemsaneringstechniek terwijl niet wordt beweerd laat staan aangetoond dat dit te dezen ook het geval is. Integendeel stelde de Raad in het voormelde arrest nr. 231.665 vast dat de problematiek zich te dezen situeert bij de nv ABO en haar financieringswijze en niet bij de eigenheden van een bepaalde opdracht en dat 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, dan ook niet opgaat.

27. Aldus wordt het feitelijk uitgangspunt van dit middel niet met voldoende *prima facie* ernst aangetoond. Deze vaststelling volstaat in de huidige stand van het geding om het middel als niet ernstig te bevinden in de mate dat het prijsonderzoek wordt betwist.

IX. Besluit

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

X. Kosten

29. Er is 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’ aan de verwerende partij een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Adviesbureau Voor Bodemonderzoek (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 7 juli 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Astrid Truyens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Astrid Truyens

Dierk Verbiest