

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 236.508 van 22 november 2016

in de zaak A. 220.538/XII-8252

In zake:

1. de NV JAN DE NUL
 2. de NV DREDGING INTERNATIONAL,
samen met eerste verzoekende partij vormend een tijdelijke
handelsvennootschap
 3. de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
 4. de NV ENVISAN
- bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Annelies Verlinden en
Evelien De Raeymaecker
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het HAVENBEDRIJF ANTWERPEN, naamloze vennootschap
van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Jan Bouckaert, Stefanie François en
Rozanne Vander Hulst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 21 oktober 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 3 oktober 2016 van het Havenbedrijf Antwerpen, ter kennis gebracht bij aangetekend schrijven d.d. 6 oktober 2016 [...], tot gunning van de opdracht ‘Verdiepingsbaggerwerken vaargeul 4de Havendok’ op basis van het Bestek B10343, aan inschrijver Martens & Van Oord Aannemingsbedrijf bv en derhalve niet aan de THV Verdieping H4H”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 3 november 2016 heeft de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 november 2016, om 10.30 uur.

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

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten David D’Hooghe en Stefanie François, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Tom Souverijns, die *loco* advocaten Frank Judo en Dominique Devos verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

‡CCLQOBHEB-BCHDAEV‡

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. Bij beslissing van 1 februari 2016 keurt het Directiecomité van het Havenbedrijf Antwerpen de opstart goed van de procedure voor de overheidsopdracht “Verdiepingsbaggerwerken vaargeul 4de Havendok” goedgekeurd, met bestek nr. B10343.

3.2. De overheidsopdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 4 februari 2016 en op 9 februari 2016 in het Publicatieblad van de Europese Unie en wordt gegund met een open aanbesteding. Het betreft een opdracht in de speciale sectoren.

3.3. Op 29 juli 2016 wordt in het Bulletin der Aanbestedingen een bericht bekendgemaakt dat de opdracht niet wordt gegund. Eenzelfde bericht wordt op 3 augustus 2016 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Op 5 augustus 2016 wordt de opdracht opnieuw bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 10 augustus 2016 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.4. De opdracht betreft het baggeren van ca. 213.000 m³ hoofdzakelijk verontreinigde baggerspecie en heeft als doel een vaargeul te baggeren richting Noord Natie Terminals, een (tank)terminal voor de op- en overslag van vloeibare producten ten noorden van het 4de havendok, zodat aan deze terminal diepere schepen ontvangen kunnen worden. De baggerspecie dient milieuvriendelijk te worden gebaggerd en verwijderd. De aannemer dient hiertoe het gepaste materieel in te zetten. De gebaggerde specie wordt eigendom van de aannemer en hij beslist over de wijze van afvoer, verwerking en berging van de baggerspecie conform de milieuwetgeving.

‡CCLQOBHEB-BCHDAEV‡

Zo wordt in het bestek onder de algemene inlichtingen vermeld (bladzijden 7-8):

“1.3 Beschrijving van de werken

[...]

De gebaggerde specie wordt eigendom van de aannemer. De aannemer staat in voor het bekomen van alle wettelijk vereiste vergunningen, toelatingen en/of certificaten voor het transport en de verwerking (verwijdering en/of nuttige toepassing) van de baggerspecie. Deze documenten dienen bij zijn inschrijving te worden bijgevoegd.

De aannemer voorziet het nodige materieel om de gebaggerde specie, volgens de specificaties van de milieuvergunnende overheden, op de gekozen verwerkingsinrichting(en) aan te brengen.

De aannemer verbindt zich er eveneens toe om het Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat voorwaarden die door wettelijke instanties voor de afvoer van de baggerspecie worden opgelegd, niet correct nageleefd worden.

De aannemer staat in voor de betaling van eventuele milieuheffingen o.a. deze op grond van art. 48, §2, 17° van het Afvalstoffendecreet dat ingevolge de transporten verschuldigd is, en neemt het totale bedrag van de milieuheffingen op in de transportprijs van de offerte; het tarief van de milieuheffing (niet-compenserende tarief) kan opgevraagd worden bij de dienst heffingen en subsidies van de OVAM. De aannemer verbindt zich ertoe om het Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde milieuheffingen niet correct zouden zijn betaald.”

Ook in de technische bepalingen van het bestek wordt het volgende vermeld (bladzijden 28-29):

“3.1.5.2. De afvoer en verwerking van de specie

De aannemer wordt eigenaar van de opgebaggerde baggerspecie en staat dan ook in voor het afvoeren en bergen van de baggerspecie. Hiervoor dient de aannemer de best passende afzetmogelijkheden te voorzien rekening houdend met de fysische en milieuhygiënische kwaliteit van de baggerspecie, de milieuvergunningsvoorwaarden en aanvoermodaliteiten van de bergingssites. De aannemer past zijn baggermethode aan afhankelijk van de door hem gekozen verwerkingssite of verwerkingssites. De aannemer zal bijvoorbeeld afhankelijk van de aanvoermodaliteiten opgelegd door de exploitant van de verwerkingsinrichting zo ongeroerd mogelijk moeten baggeren (mechanisch baggeren), zonder ontmenging of bijvoeging van water.

[...]

De afvoer, verwerking van de vrijgekomen specie, dient te gebeuren

conform de geldende milieuwetgevingen. De aannemer bezorgt dan ook de nodige verwerkingsattesten aan het bestuur. De aannemer is verantwoordelijk voor het aanvragen en bekomen van eventuele bijkomende vergunningen/attesten die buiten de bij zijn inschrijving bijgevoegde toelatingen en vergunningen nog noodzakelijk zouden zijn, voor het transport en de verwerking (verwijdering en/of nuttige toepassing) van de specie.”

3.5. Op 5 september 2016 dienen twee inschrijvers via e-tendering een offerte in met de volgende prijzen, btw niet inbegrepen:

- thv Verdieping H4H: 15.763.000,00 euro
- bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf: 7.987.500,00 euro.

3.6. De offertes worden onderzocht en er wordt een gunningsverslag opgesteld. De offertes worden beoordeeld op grond van volledigheid van de toe te voegen bescheiden en de in het bestek opgenomen lijst met selectiecriteria. Beide inschrijvingen worden als volledig beoordeeld. De offertes worden vervolgens inhoudelijk beoordeeld met het oog op onderzoek van de regelmatigheid en de rangschikking. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, zijnde de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf.

3.7. Bij beslissing van 3 oktober 2016 beslist het Directiecomité de opdracht te gunnen aan de inschrijver met de laagste regelmatige inschrijving, zijnde de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf. Dit is de bestreden beslissing.

Met betrekking tot het prijzenonderzoek wordt in de bestreden beslissing vermeld:

“Het prijsverschil tussen beide inschrijvingsprijzen is gerelateerd aan de door de inschrijvers gekozen methode voor berging en verwerking van de vrijgekomen baggerspecie.

Aangezien het verschil in inschrijvingsprijs voornamelijk wordt bepaald en verklaard door de door de inschrijver gekozen methode voor verwerking/berging van de baggerspecie, is er geen reden om de prijzen van de offertes te beschouwen als abnormaal. De prijsopgave van Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv is aannemelijk en ligt in de lijn van vorige inschrijvingsprijzen voor gelijkaardige opdrachten en de door HA

opgemaakte raming.

Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv heeft dan ook de laagst[e] regelmatige offerte ingediend.”

Vervolgens wordt de gunningsbeslissing aan de gekozen en de niet-gekozen inschrijver ter kennis gebracht met een op 6 oktober 2016 ter post aangetekend schrijven.

IV. Tussenkost

4. De bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf blijkt voordeel te halen uit de bestreden gunningsbeslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep in hoofde van de derde en de vierde verzoekende partijen

Exceptie

5. De verwerende en de tussenkostende partij werpen in de nota en het verzoekschrift tot tussenkost in een exceptie op dat de derde en de vierde verzoekende partij niet over het vereiste belang noch de vereiste hoedanigheid beschikken om de gunningsbeslissing aan te vechten.

6. In hun verzoekschrift anticiperen de verzoekende partijen op deze exceptie en zetten reeds het belang van de derde en de vierde verzoekende partij bij de voorliggende vordering uiteen. Zij wijzen er op dat de derde en de vierde verzoekende partij zich in het kader van de voorliggende opdracht verbonden hebben met de respectieve vennootschappen die “behoren tot dezelfde groep”, leden van de thv Verdieping H4H, om de gebaggerde specie verder te verwerken en daartoe hun verwerkingsinstallaties ter beschikking stellen. Doordat met de bestreden gunningsbeslissing de opdracht wordt gegund aan een andere inschrijver, komen zij niet langer in aanmerking om hun diensten aan te bieden aan de leden van de thv Verdieping H4H in het kader van de voorliggende opdracht en

lijden zij aldus een concreet nadeel. De derde en de vierde verzoekende partij dienden bovendien een verzoekschrift tot nietigverklaring in bij de Raad van State tegen de beslissing van OVAM van 5 augustus 2016. Deze onwettige beslissing tast de derde en de vierde verzoekende partij, als exploitanten van verwerkingsinstallaties van baggerspecie, rechtstreeks in hun activiteiten aan, omdat het op grond van die toelating mogelijk wordt gemaakt om baggerspecie naar het buitenland te transporteren en daar te deponeren, zonder de baggerspecie te verwerken in de verwerkingsinstallaties waarover de derde en de vierde verzoekende partij beschikken. Aangezien de verwerende partij toelaat om gebruik te maken van de uitvoeringswijze waarbij baggerspecie wordt uitgevoerd naar het buitenland, wordt de kans van de derde en de vierde verzoekende partij om in Vlaanderen lokale verwerkingscapaciteit te laten benutten vrijwel uitgesloten in die mate dat de derde en de vierde verzoekende partij in hun voortbestaan bedreigd worden nu de dumpingprijzen die bij storting in het depot ‘De Slufter’ worden gehanteerd voor de derde en de vierde verzoekende partij geen economische leefbaarheid meer mogelijk maken. De beslissing van OVAM is overigens ook van belang in het kader van toekomstige opdrachten, ook van andere aanbestedende overheden.

Alleszins hebben de derde en de vierde verzoekende partij als onderaannemers van de eerste en de tweede verzoekende partij ontegensprekelijk een rechtstreeks, zeker, actueel en wettig belang bij de schorsing van de bestreden gunningsbeslissing. Immers, *in casu* behoren de derde en de vierde verzoekende partij tot dezelfde groep als de eerste en de tweede verzoekende partij, leden van de thv Verdieping H4H, die de offerte indienden, en hebben zij zelf voorafgaand aan de indiening van de offerte de nodige afspraken gemaakt en overeenkomsten gesloten in het kader van de uitvoering van de voorliggende opdracht voor zover die aan de thv Verdieping H4H zou worden gegund. Daarbij werden de derde en de vierde verzoekende partij belast met de uitvoering van een welomschreven deel van de opdracht. *De facto* werd de offerte dan ook door de vier verzoekende partijen gezamenlijk ingediend.

Ten slotte voeren zij ook nog aan dat ingevolge het sinds jaar en dag in Vlaanderen gevoerde afvalbeleid, de derde en de vierde verzoekende partij de afgelopen jaren tientallen miljoenen euro geïnvesteerd hebben in de oprichting

‡CCLQOBHEB-BCHDAEV‡

en exploitatie van Vlaamse centra gespecialiseerd in de verwerking van voor nuttige toepassing of verwijdering bestemde baggerspecie. Op vandaag zijn de verwerkings- en bergingscapaciteiten van de sites sterk onderbenut in afwachting van de inwerkingtreding van het op 1 juli 2007 door de Vlaamse regering principieel goedgekeurd Sectoraal Uitvoeringsplan Bagger- en Ruimingsspecie.

Beoordeling

7. In beginsel beschikken enkel zij die zelf een offerte hebben ingediend in de betrokken gunningsprocedure over het rechtens vereiste belang om de nietigverklaring — en dus de schorsing van tenuitvoerlegging — te vorderen van een beslissing die een overheidsopdracht toewijst aan een andere inschrijver. Het doel van de vordering strekt er voorts toe om zelf een nieuwe kans te verwerven om de opdracht gegund te krijgen. Zoals de tussenkomende partij terecht aanvoert, hebben de eerste en de tweede verzoekende partij als enige het offerteformulier ondertekend, zodat de derde en de vierde verzoekende partij ook na een eventuele schorsing geenszins kans maken om de opdracht gegund te krijgen in het kader van de hier aan de orde zijnde gunningsprocedure.

8. Voorts brengen zij geen bijzondere omstandigheden aan die te dezen ertoe zouden moeten leiden dat hun belang toch aanvaard moet worden. Het gegeven dat zij deel zouden uitmaken van “dezelfde groep” als de eerste, respectievelijk de tweede verzoekende partij, lijkt er op het eerste gezicht niet toe te leiden dat hun belang *ipso facto* wordt aangetoond.

9. Daarnaast kan op het eerste gezicht worden vastgesteld dat uit de bij de offerte van de thv Verdieping H4H gevoegde beschrijvende nota met betrekking tot de verwerking van de gebaggerde specie blijkt dat op het moment van het indienen van de offerte en het nemen van de gunningsbeslissing het nog niet duidelijk is naar welke van de voorgestelde mogelijke verwerkingsinstallaties de eerste en de tweede verzoekende partij de baggerspecie bij uitvoering van de opdracht uiteindelijk zouden vervoeren. Zo wordt bijvoorbeeld aangegeven dat de verwerking bij voorkeur gebeurt op de site van Amoras, maar dat indien dat niet mogelijk is, de verwerking bij voorkeur plaatsvindt op de sites Krankeloon, dan wel Hulsdonk en eventueel Ruisbroek of Moen. Voorts is nog sprake van afzet in ‡CCLQOBHEB-BCHDAEV‡

Silvamo. De sites Krankeloon en Ruisbroek worden volgens de gegevens van de betrokken nota echter geëxploiteerd door DEC terwijl Hulsdonk en Moen geëxploiteerd lijken te worden door Envisan en voor Silvamo lijkt ook enkel DEC betrokken te zijn in de exploitatie en dan nog maar voor 50%. Bijgevolg blijkt dan ook niet dat zelfs indien de opdracht zou worden gegund aan de eerste en de tweede verzoekende partij, zowel de derde en de vierde verzoekende partij hun diensten zullen kunnen aanbieden voor wat zij kwalificeren als een referentieopdracht, dan wel enkel de derde verzoekende partij of enkel de vierde verzoekende partij. Zij blijken ook niet als onderaannemer te zijn vermeld op het inschrijvingsformulier en in de offerte en er lijkt overigens evenmin een overeenkomst voor te liggen betreffende een gegarandeerde afname van baggerspecie tussen hen en de eerste en de tweede verzoekende partij. Bijgevolg doet noch de derde, noch de vierde verzoekende partij blijken van een voldoende zeker en rechtstreeks belang.

10. In zoverre de derde en de vierde verzoekende partij aanvoeren dat zij als exploitanten van in het Vlaamse Gewest gelegen verwerkingsinstallaties aangetast worden in hun activiteiten aangezien nu toegestaan wordt dat baggerspecie naar het buitenland wordt getransporteerd voor verwerking, lijkt dit op het eerste gezicht, voor zover dit als een nadeel kan worden aanvaard, niet rechtstreeks te volgen uit de bestreden gunningsbeslissing maar uit de daaraan voorafgaande beslissing van OVAM van 5 augustus 2016 tot toelating van grensoverschrijdend transport van baggerspecie.

11. Bovendien betreft de toelating voor grensoverschrijdend transport die door de gekozen inschrijver wordt aangewend slechts de afvoer van 201.300 ton baggerslib over een periode van een jaar. De verzoekende partijen maken dan ook geenszins aannemelijk dat hierdoor de kans om in het Vlaamse Gewest lokale verwerkingscapaciteit te laten benutten, uitgesloten is in die mate dat de derde en de vierde verzoekende partij in hun voortbestaan worden bedreigd.

12. Na het beperkte onderzoek waartoe een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid noopt, lijkt dan ook op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de exceptie een voldoende graad van ernst vertoont om in de huidige stand van het geding te worden aangenomen.

De vordering is in hoofde van de derde en de vierde verzoekende partij niet ontvankelijk.

VI. Schorsingsvoorwaarden

13.1. 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.

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

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

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

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

14. De verzoekende partijen voeren in een eerste middel aan wat volgt:

“Het eerste middel wordt afgeleid uit een schending van artikel 5 van de Wet Overheidsopdrachten en van artikel 63, §1 van het KB van 16 juli 2012 plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren (hierna: ‘KB van 16 juli 2012’) juncto artikel 11, lid 1, a) en h) van de Verordening (EG) nr. 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen (‘EVOA-Verordening’), van artikel 3, 2°, artikel 4, lid 1, e), artikel 4, lid 2, 1^{ste} paragraaf en artikel 16 van Richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen (‘Kaderrichtlijn Afval’), van artikel 3, 13°, artikel 4, § 3, e), artikel 8 en artikel 25, 3°, a) van het decreet van 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen (‘Materialendecreet’), van artikel 4.1.3. van het Besluit van de Vlaamse Regering tot vaststelling van het Vlaams reglement betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen (‘Vlarema’), van artikel 4.1.2.1, §2 van het Besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne (‘Vlarem II’), van het ‘BBT-beginsel’ opgenomen in artikel 60bis, § 5 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 6 februari 1991 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning (‘Vlarem I’) alsook in artikel 9, lid 4 van Richtlijn 2008/1/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 januari 2008 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging (IPCC-Richtlijn); van de formele motiveringsverplichting zoals die volgt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering der bestuurshandelingen; van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer specifiek het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht; en van het patere legem quam ipse fecisti-beginsel, Doordat, Verwerende partij de Opdracht toewijst aan een inschrijver die met het oog op het voldoen aan de selectiecriteria toepassing maakt van de onwettige beslissing van OVAM van 5 augustus 2016; En doordat, Verwerende partij doelbewust de Opdracht snel-snel heeft toegewezen zodat toepassing kan worden gemaakt van de onwettige beslissing van OVAM van 5 augustus 2016, zonder de arresten van uw Raad met betrekking tot de ingeleide annulatieprocedures aangaande de voorafgaande OVAM-beslissingen en de OVAM-beslissing van 5 augustus 2016 af te wachten, terwijl in de intussen tussengekomen Auditoraatsverslagen telkenmale de onwettigheid van de OVAM-beslissing

wordt vastgesteld;

Terwijl, eerste onderdeel, Martens en Van Oord toepassing maakt van de onwettige beslissing van OVAM van 5 augustus 2016 en bijgevolg niet voldoet aan de in het Bestek gestelde selectiecriteria;

En terwijl, tweede onderdeel, een zorgvuldige, diligente en redelijk handelende aanbestedende overheid de arresten van de Raad van State met betrekking tot de nietigverklaring van eerdere OVAM-toelatingen afwacht alvorens een nieuwe overheidsopdracht toe te wijzen;

En terwijl, derde onderdeel, het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel vereisen dat alle inschrijvers op gelijke wijze worden behandeld, teneinde een eerlijke mededinging te kunnen garanderen, zonder dat een aanbestedende overheid bewust een overheidsopdracht tracht toe te kennen aan één bepaalde inschrijver en daarbij faciliterend optreedt;

Zodat, een inschrijver geen beroep kan doen op de onwettige beslissing van de OVAM van 5 augustus 2016, de uitvoeringsmethode waarbij baggerspecie wordt getransporteerd naar De Slufter in Rotterdam op basis van de onwettige beslissing van de OVAM niet kan worden voorgesteld in de offerte en Martens en Van Oord aldus onterecht werd geselecteerd voor verdere deelname aan de gunningsprocedure;

En zodat, Verwerende partij in elk geval de hangende procedures bij de Raad van State met betrekking tot de vernietiging van de voorafgaande OVAM-toelatingen alsook van de OVAM-toelating van 5 augustus 2016 had moeten afwachten alvorens een nieuwe overheidsopdracht te publiceren.”

15. Bij het tweede onderdeel van hun eerste middel lichten de verzoekende partijen toe dat het zorgvuldigheidsbeginsel inhoudt dat een overheid haar besluiten op een zorgvuldige wijze voorbereidt door de relevante gegevens en op het spel staande belangen te inventariseren en deze gegevens en belangen tegen elkaar af te wegen in het licht van het doel van het besluit. Op grond daarvan dient zij met kennis van zaken haar beslissing te nemen, rekening houdend met een nauwgezette belangenafweging en een afdoende en volledig onderzoek van elk concreet geval. Het zorgvuldigheidsbeginsel wordt geschonden van zodra een bestuur handelingen verricht die een normaal zorgvuldige overheid in dezelfde situatie niet zou hebben ondernomen.

16. Te dezen is de verwerende partij goed op de hoogte van de diverse procedures tot nietigverklaring die zijn ingeleid tegen de beslissingen van OVAM om grensoverschrijdend transport van baggerspecie naar ‘De Slufter’ in de haven van Rotterdam toe te laten. De verzoekende partijen wijzen er op dat de Raad van State een vorige toelating van OVAM voor grensoverschrijdend transport bij arrest van 29 oktober 2015 heeft vernietigd en dat een reeks andere

toelatingen van OVAM door de derde en de vierde verzoekende partij eveneens werden aangevochten met een annulatieberoep waarbij de auditeur in de betrokken zaken respectievelijk op 31 mei 2016 en 14 juni 2016 reeds een verslag neerlegde waarin hij telkens de nietigverklaring van de toelating adviseert. Bovendien hebben de derde en de vierde verzoekende partij op 23 augustus 2016 een beroep tot nietigverklaring ingediend bij de Raad van State gericht tegen de toelating van OVAM van 5 augustus 2016 voor grensoverschrijdend transport, die hier aan de orde is. Niettegenstaande dit alles heeft de verwerende partij wetens en willens gekozen voor een offerte waarbij een beroep wordt gedaan op een grensoverschrijdend transport en heeft zij, zonder de afloop van de procedure tot nietigverklaring af te wachten, haar gunningsbeslissing “snel-snel” genomen. De verzoekende partijen zijn van oordeel dat een andere zorgvuldige overheid in die omstandigheden, gelet op de historiek van het dossier, een dergelijke werkwijze niet zou hanteren. Een zorgvuldige aanbestedende overheid zou de uitspraak van de Raad van State afwachten alvorens de opdracht te gunnen. De verzoekende partijen menen dat dit des te meer geldt aangezien de opdracht in geen geval dringend is, hetgeen enkel al blijkt uit het feit dat slechts na acht maanden de opdracht wordt gegund. De dringendheid van de opdracht lijkt door de verwerende partij ook niet te worden voorgehouden in de opdrachtdocumenten.

17. De verwerende partij werpt in haar nota tegen dat de exporttoelating van OVAM van 5 augustus 2016 niet *prima facie* onwettig is. Bovendien diende het Havenbedrijf Antwerpen op het ogenblik van de bestreden gunningsbeslissing uit te gaan van de wettigheid van de exporttoelating. Het Havenbedrijf mocht deze toelating niet naast zich neerleggen op grond van artikel 159 van de Grondwet. De Raad van State bevestigde reeds – arrest 5 december 2013, nr. 225.728 — dat de beslissingen van OVAM omkleed zijn met het vermoeden van legaliteit.

Voorts benadrukt de verwerende partij dat de voormelde exporttoelating van 5 augustus 2016 die door de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf werd verkregen in het kader van onderhavige opdracht, los staat van de vorige exporttoelatingen die werden verkregen en er inhoudelijk van verschilt. De specifieke kenmerken van de baggerspecie waarop de exportvergunningen betrekking hebben, is steeds verschillend, de wijze waarop de

‡CCLQOBHEB-BCHDAEV‡

kennisgevingsdossiers werden samengesteld valt niet gelijk te stellen, de exportvergunningen van OVAM geven telkens toelating voor een verschillende hoeveelheid baggerspecie, de exportvergunningen zijn telkens gesteund op verschillende overwegingen en tot slot is de aanvrager van de exportvergunningen verschillend. Bijgevolg noopten noch de inhoud van het vernietigingsarrest van 29 oktober 2015, noch de voormelde auditoraatsverslagen tot een uitstel van de opdracht voor de baggerwerkzaamheden.

18. De verzoekende partij tot tussenkomst is van oordeel dat in het tweede onderdeel van het middel wordt bekritiseerd dat de aanbestedende overheid de beslissing van OVAM van 5 augustus 2016 niet zelf aan een wettigheidscontrole heeft onderworpen. Volgens vaste rechtspraak van de Raad van State is artikel 159 van de Grondwet echter niet van toepassing op administratieve overheden. Het is een administratieve overheid dan ook niet toegestaan om zelf een wettigheidscontrole uit te oefenen ten aanzien van een beslissing van een andere administratieve overheid. Zij dient dan ook de rechtsgeldigheid van de beslissing aan te nemen zolang deze niet is ingetrokken, vernietigd of incidenteel onwettig verklaard.

Voorts zou de beslissing van OVAM van 5 augustus 2016 op andere argumenten steunen dan de beslissingen van OVAM in de andere zaken. Bijgevolg is de historiek van de vorige OVAM-beslissingen niet dienend voor de beoordeling van de OVAM-beslissing van 5 augustus 2016. De verzoekende partijen verwijzen ook hoofdzakelijk naar hangende procedures waarin enkel een verslag van het auditoraat bestaat. Uit vaste rechtspraak van de Raad van State volgt echter dat een verslag van een auditeur niet bindend is en “dat het bestuur het niet in zijn besluitvorming dient te betrekken”.

Beoordeling

19. Bij de beschrijving van de werken in het bestek wordt bepaald dat de baggerspecie milieuvriendelijk moet worden gebaggerd en verwijderd. De gebaggerde specie wordt eigendom van de aannemer en hij staat in voor het verkrijgen van alle wettelijk vereiste vergunningen, toelatingen en/of certificaten voor het transport en de verwerking — verwijdering en/of nuttige toepassing —

‡CCLQOBHEB-BCHDAEV‡

van de baggerspecie. Deze documenten dienen bij de inschrijving gevoegd te worden volgens het hiervoor aangehaalde artikel 1.3 van het bestek. Met betrekking tot de selectiecriteria, en meer bepaald de technische bekwaamheid, vereist het bestek overeenkomstig zijn artikel 2.2.7 opnieuw uitdrukkelijk dat de inschrijver over alle wettelijk vereiste toelatingen, vergunningen en/of certificaten beschikt om de baggerspecie te transporteren en te verwerken en dat deze documenten bij de inschrijving worden gevoegd. De inschrijver bezorgt in dat licht ook een beschrijvende nota van de uitvoeringsmethode van uitbaggering, transport en berging van de baggerspecie waarin onder meer wordt aangetoond dat de aannemer een toelating tot bestemming heeft voor de vrijgekomen baggerspecie. Uit de beschrijvende nota moet ook blijken dat de aannemer de werken binnen de gevraagde uitvoeringstermijn kan uitvoeren. Hij geeft een gedetailleerde planning met tijdstippen waarop de verscheidene uitvoeringsfasen van het werk zullen aanvatten en eindigen.

20. Te dezen diende de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf een offerte in waarbij zij meedeelde dat de baggerspecie zou worden overgebracht naar de site ‘De Slufter’ te Rotterdam. Hiertoe voegde zij een beslissing van OVAM van 5 augustus 2016 bij haar offerte waarbij toelating wordt gegeven voor het grensoverschrijdend transport van 201.300 ton gevaarlijke baggerspecie door de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf met als bestemming Havenbedrijf Rotterdam. In de bestreden gunningsbeslissing wordt geoordeeld dat er geen formele tekortkomingen worden gevonden bij de beide inschrijvingen die in het kader van de selectiecriteria zouden nopen tot een wering. Voorts wordt vastgesteld dat er een aanzienlijk prijsverschil is tussen de beide offertes, waarbij de offerte van de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf aanzienlijk lager is, maar dat dit prijsverschil wordt verklaard door de door de inschrijver gekozen methode voor verwerking/berging van de baggerspecie. De gekozen methode betreft de overbrenging van het baggerslib naar ‘De Slufter’ in Nederland, waarvoor het bestek in het kader van de selectie oplegt dat de vereiste toelating wordt bijgevoegd. Dienaangaande wordt in de gunningsbeslissing geoordeeld:

“3) Technische bekwaamheid van de inschrijver:

3.1 wettelijk vereiste toelatingen, vergunningen en/of certificaten

Aangezien de vereiste toelatingen/verplichtingen afhangen van de door de inschrijver gemaakte keuze omtrent het baggeren en de verwerking/berging

van de baggerspecie wordt verwezen naar hetgeen wordt besproken onder 3.3.1.c.

[...]

3.3. beschrijvende nota

[...]

3.3.1.c uitvoeringsplan verwerking/berging

MvO stelt dat op basis van bijkomend voorafgaand aan de inschrijving uitgevoerd milieuhygiënische onderzoek blijkt dat een deel van de te baggeren specie (zandfractie) in aanmerking komt voor hergebruik. Voor dit deel van de te baggeren specie wijst MVO op meerdere afzetmogelijkheden afhankelijk van de behoefte van eventuele projecten.

Voor de slibfractie heeft de inschrijver geopteerd voor afvoer naar slibdeponie de Slufter te Rotterdam voor verwijdering. Voor grensoverschrijdende overbrenging voor verwijdering is volgens de Verordening (EG) 1013/2006 een toelating van de bevoegde autoriteiten vereist. De inschrijver heeft deze toelating aangevraagd (kennisgeving BE001005453) en verkregen. Ter staving hiervan heeft de inschrijver volgende documenten toegevoegd:

- Beslissing kennisgeving BE001005453 door OVAM
- Beslissing kennisgeving BE001005453 door IL & T
- Beide documenten verwijzen naar een contract met de ontvanger van deze specie, dat voldoet aan de bepalingen van de Verordening (EG) 1013/2006.”

Uit hetgeen voorafgaat, lijkt op het eerste gezicht te mogen worden afgeleid dat, gelet op de gekozen uitvoeringsmethode, het beschikken over een toelating van OVAM voor het grensoverschrijdend transport van de baggerspecie een noodzakelijke voorwaarde was voor de aanwijzing van de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf als gekozen inschrijver, hetgeen de verwerende partij overigens nergens lijkt te ontkennen. Met betrekking tot deze toelating van OVAM van 5 augustus 2016 (beslissing kennisgeving BE001005453) dient op het eerste gezicht echter het volgende te worden vastgesteld.

21. Bij brief van 23 augustus 2016 van de vzw Federatie der Baggerwerken wordt aan het Havenbedrijf Antwerpen meegedeeld:

“[...]

Wij signaleerden u reeds dat de in het Bestek nr. B10343 genoemde baggerspecie kan worden verwerkt in diverse daarvoor vergunde Vlaamse verwerkingsinstallaties, inclusief AMORAS, en dat offertes die voor de voorliggende overheidsopdracht worden ingediend met vermelding van een

grensoverschrijdende overbrenging van deze baggerspecie, uit zichzelf onregelmatig zijn.

U kreeg dit inmiddels ook bevestigd door de Auditoraatsverslagen van 31 mei 2016 resp. 14 juni 2016 in de voor de Raad van State (7^{de} kamer) hangende ‘Slufter-zaken’. Van de desondanks opnieuw door de OVAM goedgekeurde overbrenging door de bv Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf van 201.300 ton baggerspecie naar Rotterdam werd vandaag de vernietiging gevraagd (zie bijlage 2).

Los van de dreigende onregelmatigheid van de aanbesteding, herhalen wij nogmaals dat de heffing voor illegaal storten torenhoog is (265,79 euro/ton) en dat de bv Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf in het licht van de op 31 mei 2016 en 14 juni 2016 tussengekomen Auditoraatsverslagen virtueel failliet is.

Wij rekenen erop dat u met dit alles rekening zal houden bij de beoordeling van de ingediende offertes.”

Het Havenbedrijf werd er bijgevolg bij brief van 23 augustus 2016 van ingelicht dat ook tegen de toelating van OVAM van 5 augustus 2016 voor grensoverschrijdend transport, verleend aan de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf, een beroep tot nietigverklaring werd ingediend bij de Raad van State door de derde en de vierde verzoekende partij op 23 augustus 2016.

22. De betrokken toelating zelf vermeldt:

“De kennisgeving BE001005453 heeft betrekking op de overbrenging van 201 300 ton gevaarlijke baggerspecie [...] afkomstig van het Vierde Havendok te Antwerpen, geproduceerd door Martens en Van Oord en bestemd voor Havenbedrijf Rotterdam, [...].

Het betreft baggerspecie die vrij komt in het kader van de verdieping van het dokkencomplex rechteroever in de Haven van Antwerpen. Op deze baggerspecie rust een historisch passief. Het gaat dus niet over onderhoudsbaggerspecie. Voor deze werken, die over een periode van zeven jaar uitgevoerd zullen worden, zijn zowel de Vlaamse overheid Afdeling Maritieme Toegang als het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen bevoegd. Aangezien het echter over één project gaat dienen de dossiers in het kader van de uitvoerprocedure gezamenlijk beoordeeld te worden.

In het kader van dit project werden reeds volgende kennisgevingen beoordeeld: BE001003673, BE001003675, BE001004235, BE001004023, BE001004263, BE001004510, BE001004524 en BE001004836.

Aangezien de Verordening (EG)1013/2006 slechts een kennisgeving voor één jaar voorziet is deze aanvraag noodzakelijk beperkt tot een fractie van de over te brengen specie. De OVAM houdt in haar beslissing, in relatie tot het zelfvoorzieningsprincipe, wel rekening met de totale hoeveelheid specie die

bij de verdiepingswerken van het dokkencomplex rechteroever vrij komt.
[...].”

In de voormelde beslissing van OVAM wordt uitdrukkelijk aangegeven dat de aan de orde zijnde kennisgeving samen met de voornoemde daaraan voorafgaande kennisgevingen, deel uitmaken van hetzelfde project. OVAM geeft uitdrukkelijk aan dat de dossiers gezamenlijk dienen beoordeeld te worden.

23. De beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 omtrent de eerste kennisgeving, met kenmerk BE001003673, werd door de Raad van State vernietigd bij arrest nr. 232.753 van 29 oktober 2015. De beslissingen van OVAM met betrekking tot de kennisgevingen BE001003675, BE001004023, BE001004263, BE001004510, BE001004524 en BE001004836 werden eveneens door de derde en de vierde verzoekende partij aangevochten met een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State. In deze zaken werden door de auditeur respectievelijk op 31 mei 2016 en 14 juni 2016 verslagen neergelegd waarin hij telkens de nietigverklaring van de toelating adviseert. De auditeur stelt vast dat de verschillende toelatingen in wezen op dezelfde wijze gemotiveerd worden (zie bijvoorbeeld het verslag in de zaak 217.800/VII-39.555 van 14 juni 2016, randnummer 52). Met betrekking tot de motivering van OVAM oordeelt de auditeur in dat verslag:

“54. OVAM erkent ook hier dat de baggerspecie *‘in principe’* kan worden gestort op daartoe vergunde stortplaatsen in het Vlaams Gewest, maar meent dat er zich toch een probleem stelt. Gelet op het aantal *‘logistieke stappen’* dat nodig is voor het storten op vergunde stortplaatsen in het Vlaams Gewest enerzijds, en op *‘de grote hoeveelheid’* baggerspecie anderzijds, meent ze dat storten in het Vlaams Gewest *‘niet automatisch’* als BBT kan worden beschouwd. *‘Een verwijdering met zo weinig mogelijk logistieke stappen lijkt in dit specifieke geval minstens evenwaardig’*, stelt ze, zonder evenwel nader toe te lichten waarom de grote hoeveelheid dit geval dan wel zo specifiek maakt dat er alternatieve BBT in aanmerking moeten worden genomen.

55. Zoals de verzoekende partijen terecht opmerken, volgt de noodzaak om bij het storten in het Vlaams Gewest de genoemde logistieke stappen te doorlopen, uit de sectorale milieuvoorwaarden van VLAREM II. Bij het vaststellen van deze milieuvoorwaarden wordt voor een geïntegreerde aanpak gezorgd en wordt een hoog niveau van bescherming van de mens en het leefmilieu gewaarborgd; en ze worden gebaseerd op de BBT. De

Vlaamse Regering heeft geen reden gezien om de sectorale milieuvoorwaarden mee te laten hangen van de hoeveelheid te storten baggerspecie die bij een bepaald project vrijkomt. Meent OVAM dat de Vlaamse Regering niet naar behoren voor een geïntegreerde aanpak heeft gezorgd, en geen hoog niveau van bescherming van de mens en het leefmilieu heeft gewaarborgd? In elk geval heeft ze aan de criteria waarop de Vlaamse Regering zich heeft gebaseerd een eigen criterium toegevoegd, met name *'het criterium van zo weinig mogelijk logistieke stappen'*. Op grond van dat criterium besluit ze dat een in het Vlaams Gewest verboden techniek *'in dit specifieke geval minstens evenwaardig'* is aan de voorgeschreven techniek. Omdat er in het Vlaams Gewest geen stortplaatsen zijn vergund voor een door VLAREM II verboden techniek – wat natuurlijk weinig verbazing wekt – besluit OVAM dat de baggerspecie mag worden overgebracht naar Nederland.

56. VLAREM II kan niet geschonden zijn doordat een inrichting buiten het Vlaams Gewest niet voldoet aan de erin vastgestelde milieuvoorwaarden. Het tweede middel is wel gegrond waar het aanvoert dat OVAM artikel 4.1.2.1, §2, van VLAREM II heeft geschonden. Op grond van die bepaling wordt de exploitant die de bepalingen van VLAREM II (en/of zijn milieuvergunning) naleeft geacht te voldoen aan de verplichting van §1 van hetzelfde artikel om steeds de BBT toe te passen. OVAM vermog niet deze bepaling terzijde te schuiven door een eigen criterium toe te voegen aan de BBT waarop de sectorale milieuvoorwaarden zijn gebaseerd.

57. Bovendien is de motivering van de afweging tussen de BBT-verdiensten, van enerzijds het storten op vergunde stortplaatsen in het Vlaams Gewest, en anderzijds het storten in De Slufter, behoorlijk vaag. Wanneer is er sprake van een grote hoeveelheid die een andere BBT-benadering vraagt? Waardoor wordt dan het aantal logistieke stappen op zich een criterium voor een BBT-beoordeling? Om welke elementen van het begrip BBT gaat het dan meer bepaald? En hoe verhoudt een en ander zich tot artikel 25, §1, 3°, a), van het Materialendecreet, dat de overbrenging enkel toelaat *'als er geen merkkelijk dichterbij gelegen, vergunde verwijderingsinrichting is die de afvalstoffen op een verantwoorde wijze kan verwijderen onder vergelijkbare voorwaarden'*?

[...]

60. Het eerste middel is in de aangewezen mate gegrond.”

24. Op het eerste gezicht kunnen de verwerende en de tussenkomende partij niet worden bijgevalen waar zij doen gelden dat de toelating van OVAM van 5 augustus 2016 voor grensoverschrijdende overbrenging van baggerspecie losstaat van vorige exporttoelatingen die werden verkregen en er inhoudelijk ook van verschilt. Zoals reeds opgemerkt, stelt OVAM in haar beslissing van 5 augustus 2016 zelf dat de betrokken kennisgeving samen met alle voorgaande vermelde kennisgevingen, deel uitmaakt van het zelfde project en dat

de dossiers gezamenlijk beoordeeld worden. Bovendien kan op het eerste gezicht worden vastgesteld dat de motivering opgenomen in de beslissing van 5 augustus 2016 van OVAM in essentie zo goed als identiek, minstens gelijkwaardig is aan de motivering opgenomen in de voorgaande beslissingen omtrent de kennisgevingen BE001003675, BE001004023, BE001004263, BE001004510, BE001004524 en BE001004836. Inzake het argument van de verwerende partij dat het niet dezelfde baggerspecie zou betreffen, dat de kennisgevingsdossiers anders zouden zijn samengesteld, dat de hoeveelheden baggerspecie zouden verschillen en dat de aanvrager zou verschillen, kan op het eerste gezicht worden opgemerkt dat in de auditoraatsverslagen over de voorgaande toestemmingen tot overbrenging naar Nederland, de verschillende hoeveelheden, de aanvrager en de variërende specifieke kenmerken van het baggerslib geen belang hadden voor het gegrond bevinden van wat telkens in wezen hetzelfde middel is. OVAM heeft bij alle kennisgevingen geoordeeld dat het slib te sterk verontreinigd was om in aanmerking te komen voor reiniging en hergebruik, en dat het daarom moest worden gestort. Vanuit dat uitgangspunt werden de kennisgevingen vervolgens zonder onderscheid op dezelfde wijze beoordeeld, volgens een redenering en met een formele motivering waarin de verschillende hoeveelheden en de variërende specifieke kenmerken geen rol spelen. De redenering die in de beslissing van 5 augustus 2016 wordt weergegeven is in essentie dezelfde als in de voorgaande beslissingen.

25. De verwerende partij beweert niet dat zij geen kennis had van de inhoud van deze auditoraatsverslagen voorafgaand aan het nemen van de bestreden gunningsbeslissing. Zij werd reeds bij brief van 23 augustus 2016 van de vzw Federatie der Baggerwerken op de hoogte gebracht van het bestaan van deze auditoraatsverslagen. In de zaak met rolnummer 213.598/VII-39.209 is zij bovendien tussenkomen in de procedure, zodat ze in ieder geval kennis heeft gekregen van het auditoraatsverslag van 14 juni 2016 in die zaak.

26. Het Havenbedrijf Antwerpen dient als aanbestedende overheid haar gunningsbeslissing met de nodige zorgvuldigheid voor te bereiden. Dit houdt in dat die overheid de ingediende offertes aan een grondig onderzoek onderwerpt onder meer wat hun overeenstemming betreft met de vereisten gesteld in het bestek. De aanbestedende overheid dient daarbij alle relevante gegevens waarvan

zij kennis heeft, te betrekken in haar onderzoek. Te dezen stelt het Havenbedrijf Antwerpen vast dat de laagste inschrijver gebruikmaakt van de reeds bij eerdere opdrachten toegepaste uitvoeringsmethode van afvoer van de baggerspecie naar ‘De Slufter’ waarvoor een toelating van OVAM voor grensoverschrijdend transport is vereist. De aanbestedende overheid lijkt er op het eerste gezicht van op de hoogte te zijn dat er voorgaande toelatingen van OVAM voor grensoverschrijdend transport van baggerspecie in het kader van de verdiepingswerken in de Antwerpse Haven naar ‘De Slufter’ te Rotterdam werden aangevochten bij de Raad van State met een beroep tot nietigverklaring en zij lijkt er tevens van op de hoogte te zijn dat de auditeur in deze procedures een verslag heeft neergelegd waarin hij telkens de nietigverklaring voorstelt van de betrokken toelatingen. De aanbestedende overheid lijkt op het eerste gezicht aldus te hebben kunnen vaststellen dat de in de voorliggende zaak door de laagste inschrijver voorgelegde toelating op nagenoeg dezelfde wijze wordt gemotiveerd als de voorgaande toelatingen. De aanbestedende overheid werd er bovendien van op de hoogte gebracht dat ook met betrekking tot die toelating een beroep tot nietigverklaring hangende is bij de Raad van State. Bovendien hecht de aanbestedende overheid in het kader van de selectie van de inschrijvers uitdrukkelijk aandacht aan de bekwaamheid van de inschrijvers om de werken binnen de gevraagde uitvoeringstermijn te kunnen uitvoeren (bestek bladzijde 13). Een mogelijk tussen te komen nietigverklaring van de door de laagste inschrijver gebruikte toelating van OVAM voor grensoverschrijdend transport tijdens de uitvoering van de werken, lijkt zijn invloed te kunnen hebben op de tijdige uitvoering van de opdracht.

In het licht van deze concrete en bijzondere omstandigheden lijkt het op het eerste gezicht dat de verwerende partij als zorgvuldige aanbestedende overheid bij de voorbereiding van haar gunningsbeslissing de beoordeling van de Raad van State omtrent de wettigheid van de toelating voor grensoverschrijdend transport, die te dezen door de laagste inschrijver werd voorgelegd, had dienen af te wachten. Zoals de verzoekende partijen aangeven, lijkt de verwerende partij geen enkele reden aan te brengen die kan worden teruggevonden in het dossier, waarom een dergelijk uitstel niet verzoenbaar geweest zou zijn met het verloop van de gunningsprocedure. De argumenten daaromtrent die de verwerende partij ter terechtzitting te berde brengt, lijken daartoe niet dienstig want laattijdig en niet

formeel verwoord in de bestreden gunningsbeslissing.

27. In tegenstelling tot wat de tussenkomende partij aanvoert, zou dergelijk uitstel niet inhouden dat het Havenbedrijf Antwerpen de beslissing van OVAM van 5 augustus 2016 zelf aan een wettigheidscontrole zou onderwerpen. Wel integendeel zou in dat geval het Havenbedrijf Antwerpen enkel de uitspraak van de Raad van State omtrent de wettigheid van de voormelde beslissing van OVAM afwachten. De verwerende en de tussenkomende partij betogen overigens terecht dat het de verwerende partij, als administratieve overheid, in beginsel niet toekomt te oordelen over de wettigheid van een beslissing van een andere administratieve overheid en zij mocht dan ook de betrokken beslissing van OVAM van 5 augustus 2016 niet buiten toepassing verklaren op grond van artikel 159 van de Grondwet.

Op het eerste gezicht lijkt het vermoeden van legaliteit van bestuursbeslissingen er echter niet aan in de weg te staan dat te dezen het Havenbedrijf Antwerpen vanuit zorgvuldigheidsoverwegingen bij het voorbereiden van zijn gunningsbeslissing, deze had uitgesteld totdat de Raad van State een arrest zou hebben uitgesproken omtrent de wettigheid van de beslissing van OVAM van 5 augustus 2016. De Raad van State heeft inderdaad reeds geoordeeld dat het verslag van een auditeur niet kan worden gelijkgesteld met een tijdens de bestuurlijke procedure ingewonnen bindend advies dat het bestuur in zijn besluitvorming dient te betrekken. Zulks sluit echter niet uit dat het op grond van de zorgvuldigheidsplicht toch vereist kan zijn, wanneer zoals te dezen een lid van het auditoraat reeds in een reeks opeenvolgende verslagen, na onderzoek van de grond van de zaak, besluit tot de onwettigheid van zo goed als identieke besluiten van OVAM op grond van een gebrek aan draagkrachtige motieven, dat de overheid de beoordeling van de Raad van State omtrent de wettigheid van een gelijkaardig besluit afwacht, alvorens dit besluit te betrekken in een verknocht besluitvormingsproces.

28. Het tweede onderdeel van het eerste middel is ernstig.

29. Noch de overige onderdelen van het eerste middel, noch het tweede middel lijken tot een ruimere schorsing aanleiding te kunnen geven, zodat

‡CCLQOBHEB-BCHDAEV‡

deze onbesproken blijven.

VIII. Belang bij het aanvechten van de impliciete weigeringsbeslissing

30. In de mate dat de verzoekende partijen met hun verzoekschrift tevens de schorsing van de tenuitvoerlegging nastreven van de impliciete weigering om hun de opdracht te gunnen, valt op te merken dat zij niet aannemelijk maken dat te dezen het uitzonderlijke geval voorligt waarin de Raad van State daartoe zou moeten doen besluiten.

De ingeroepen middelen, ook het ernstig bevonden middelonderdeel, hebben die draagwijdte niet aangezien ze enkel kritiek inhouden op de gunningsbeslissing, die de andere inschrijver betreft, en wat zij, buiten die middelen, betreffende de impliciete weigering aanvoeren, volstaat daartoe niet.

Bovendien voeren de verzoekende partijen niet aan, en *a fortiori* tonen ze niet aan, dat hun onmiddellijke belangen niet afdoende gevrijwaard worden door de schorsing van de tenuitvoerlegging van de toewijzing van de opdracht aan de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf.

31. De vordering dient bijgevolg te worden verworpen in zoverre ze de schorsing van de impliciete weigeringsbeslissing betreft.

IX. Besluit en kosten

32. Het eerste middel is in de besproken mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

33. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgend noodzakelijke procesverloop, de kosten, gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

Aangezien de vordering van de derde en de vierde verzoekende partij niet ontvankelijk is, dienen zij echter reeds in huidig arrest in de kosten te

‡CCLQOBHEB-BCHDAEV‡

worden verwezen.

BESLISSING

- 1. De vordering van de derde en de vierde verzoekende partij is niet ontvankelijk.**
- 2. Het verzoek van de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf tot tussenkomst wordt ingewilligd.**
- 3. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 3 oktober 2016 van het directiecomité van het Havenbedrijf Antwerpen tot gunning van de opdracht ‘Verdiepingsbaggerwerken vaargeul 4de Havendok’ op grond van het Bestek B10343, aan de inschrijver bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf.**
- 4. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.**
- 5. De derde en de vierde verzoekende partij worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 november 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest