

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 238.248 van 18 mei 2017
in de zaak A. 210.591/XII-7495**

In zake: 1. de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL
2. de NV DREDGING INTERNATIONAL
samen vormend de THV VERDIEPING H4H
3. de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
4. de NV ENVISAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Annelies Verlinden en
Evelien De Raeymaecker
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Rozanne Vander Hulst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de OPENBARE VLAAMSE
AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Bronders
kantoor houdend te 8400 Oostende
Archimedesstraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

2. de NV HET HAVENBEDRIJF ROTTERDAM,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Hofströssler, Leen Goossens en
Hans Plancke
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99

bij wie woonplaats wordt gekozen

3. de BV MARTENS EN VAN OORD AANNEMINGS-
BEDRIJF

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo, Filip De Preter en Dominique Devos
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 december 2013, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 14 oktober 2013 van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen [...] tot gunning van de opdracht ‘Verdiepingsbaggerwerken Antwerpse dokkencomplex Rechteroever 4de Havendok’ op basis van het Bestek B10133, aan inschrijver Martens & Van Oord en derhalve niet aan de THV Verdieping H4H”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partijen hebben verzoekschriften tot tussenkomst ingediend. De tussenkomsten zijn toegestaan bij beschikkingen van 17 februari 2014 en 25 maart 2014. De tussenkomende partijen hebben een memorie ingediend.

Auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tweede en de derde tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 maart 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, advocaat Stijn Van Hulle, die *loco* advocaat Bart Bronders verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, advocaat Hans Plancke, die verschijnt voor de tweede tussenkomende partij, en advocaat Stijn Maeyaert, die *loco* advocaten Frank Judo en Dominique Devos verschijnt voor de derde tussenkomende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen schrijft een opdracht voor werken uit met betrekking tot verdiepingsbaggerwerken ter hoogte van het Antwerpse dokkencomplex “Rechteroever 4e havendok” met het oog op meer diepgang voor de scheepvaart.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 15 mei 2013.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek B10133 “Verdiepingsbaggerwerken Antwerpse dokkencomplex Rechteroever 4de havendok”.

De opdracht wordt gegund met de procedure van de openbare aanbesteding.

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

“Deze aanneming heeft als doel het uitvoeren van verdiepings-baggerwerken in het Antwerpse dokkencomplex rechteroever met het oog op meer diepgang voor scheepvaart.

De totale opdracht van dit bestek heeft als doel om steiger 281 in het 4de havendok in de haven bereikbaar te maken voor zeeschepen met een diepgang van 14 m (zie plan): De verdiepingswerken naar steiger 281 in het 4de havendok zijn noodzakelijk omdat de steiger 281 een upgrade onderging om zeeschepen met een grotere diepgang te kunnen ontvangen. De steiger is in exploitatie door ATPC (Antwerp Processing Company). De opdracht omvat in hoofdzaak baggerwerkzaamheden van verontreinigde baggerspecie. De baggerspecie dient milieuvriendelijk gebaggerd en verwijderd te worden.

De gebaggerde specie wordt eigendom van de aannemer. De aannemer staat in voor het bekomen van alle noodzakelijke vergunningen en certificaten in het kader van de afvoer van de baggerspecie. Hij kan hiervoor desgewenst gebruik maken van de toelating van het Havenbedrijf voor transport van de baggerspecie naar De Slufter, die momenteel in aanvraag is, van zodra deze wordt toegekend.”

3.4. Op 19 juli 2013 wordt in het Bulletin der Aanbestedingen een terechtwijzend bericht (hierna ook: TWB 1) gepubliceerd met betrekking tot de opdracht waarbij het “voorwerp van de opdracht” in het bestek wordt aangevuld als volgt:

“Aan deze toelating is een bergingsovereenkomst met De Slufter verbonden, die als bijlage aan het bestek wordt gevoegd. Indien de aannemer gebruik maakt van de bedoelde toelating verbindt hij zich ertoe om de bepalingen van de bedoelde bergingsovereenkomst integraal na te leven. Dit betekent onder meer dat hij zich ertoe verbindt om de vermelde betalingsovereenkomst met Havenbedrijf Rotterdam n.v. af te sluiten, alsook om de vermelde algemene acceptatie- en operationele leveringsvoorwaarden en het acceptatieprotocol na te leven. Hij verbindt er zich eveneens toe om het Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde bergingsovereenkomst met Havenbedrijf Rotterdam n.v. niet correct nageleefd wordt.”

3.5. Inmiddels heeft het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen op 26 juni 2013 een kennisgevingsdocument voor grensoverschrijdende afvaloverbrenging ingediend bij de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna: OVAM), de eerste tussenkomende partij, met het oog op het verkrijgen van een toelating voor transport van baggerspecie naar De Slufter zodat de inschrijvers desgewenst gebruik konden maken van deze toelating zoals vermeld in het bestek. Bij deze kennisgeving werd eveneens een “contract voor de overbrenging tussen EU-Lidstaten en voor invoer naar EU-Lidstaten” gevoegd alsook een “offerte” van 14 juni 2013 ondertekend door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en het Havenbedrijf Rotterdam en een attest van borgstelling van de KBC-bank op naam van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

3.6. Bij beslissing van 5 augustus 2013 geeft OVAM toestemming voor de gevraagde overbrenging onder kennisgeving BE001003673. Op 6 augustus 2013 wordt ook toestemming verkregen van de Nederlandse autoriteiten.

3.7. Op 14 augustus 2013 wordt een tweede terechtwijzend bericht (hierna: TWB 2) gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen waarin onder meer wordt vermeld:

“Bijgevoegd vindt u de toelating voor grensoverschrijdend transport van baggerspecie naar De Slufter, zijnde de beslissingen aangaande kennisgeving BE001003673 van OVAM van 5 augustus 2013 en van de Nederlandse staatssecretaris van infrastructuur en milieu van 6 augustus 2013 (bijlagen 1 en 2). Indien de aannemer gebruik maakt van de bedoelde toelating:

- verbindt hij zich ertoe om zelf in te staan voor het vervullen van alle voorwaarden die uitdrukkelijk of impliciet in de toelating zijn vermeld, zoals onder meer de verplichte registratie van de vervoerder van afvalstoffen alsook de voorwaarden van art. 16 van de Verordening (EG) 1013/2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen aangaande de voormeldingen van de transporten en de bij elke overbrenging te vervullen formaliteiten; de aannemer verbindt zich er eveneens toe om het Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde voorwaarden niet correct nageleefd worden; de aannemer voegt bij zijn inschrijving een verklaring waarin hij uitdrukkelijk de genoemde verbintenissen ten aanzien van het Havenbedrijf aangaat;

- dient hij het totale bedrag van de milieuheffingen op grond van art. 48, §2, 17° van het Afvalstoffendecreet dat ingevolgde de bedoelde transporten verschuldigd is (zie de laatste paragraaf van de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013), in de prijs vermeld in de offerte op te nemen; het tarief van de milieuheffing (niet-compenserend tarief) bedraagt 0,12 euro per ton (zie het e-mailbericht van OVAM van 13 augustus 2013 - bijlage 3).

Hierbij dient opgemerkt te worden dat de identiteit van de geplande vervoerder, zoals weergegeven op het kennisgevingsdocument dat goedgekeurd werd door de Nederlandse staatssecretaris van infrastructuur en milieu (zie bijlage ...), slechts voorlopig en uitsluitend met het oog op het doorlopen van de kennisgevingsprocedure werd ingevuld, de identiteit van de werkelijke vervoerder zal aan de bevoegde autoriteiten worden gemeld, van zodra deze desgevallend bij het gunnen van de huidige opdracht bekend zal zijn.

De aanbestedingsdatum blijft behouden.”

3.8. Op 26 augustus 2013 vindt de openingszitting plaats. Er worden drie offertes ingediend, meer bepaald door:

- | | |
|--|--------------------|
| 1) de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf | 2.668.800,00 euro, |
| 2) de thv Verdieping H4H | 6.413.200,00 euro, |
| 3) de nv Aannemingsbedrijf Aertssen | 6.921.888,37 euro. |

De offertes worden onderzocht. Aan de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf wordt een prijsverantwoording gevraagd voor een aantal posten.

3.9. Er wordt een gunningsverslag opgesteld.

De verwerende partij beslist op 14 oktober 2013 om de opdracht te gunnen aan de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Bij arrest nr. 225.728 van 5 december 2013 wordt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen ingesteld door de verzoekende partijen verworpen.

IV. Procedurele voorgaanden

4.1. Op 21 augustus 2013 wordt een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld bij de Raad van State door de nv Deme Environmental Contractors en de nv Envisan, de huidige derde en vierde verzoekende partij, tegen de voormelde beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 houdende toestemming voor de betrokken grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen is tussengekomen in die procedure. Bij arrest nr. 224.496 van 23 augustus 2013 wordt deze vordering verworpen bij gebrek aan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

4.2. Op 2 oktober 2013 wordt door de nv Deme Environmental Contractors, de nv Envisan en bijkomend ook de nv Ghent Dredging een enig verzoekschrift neergelegd bij de Raad van State tot schorsing en nietigverklaring van de meer vermelde beslissing van OVAM van 5 augustus 2013. Door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen wordt in deze procedure een verzoekschrift tot tussenkomst neergelegd op 18 oktober 2013. Deze zaak is bij de Raad van State gekend onder het nummer A. 209.836/VII-38.874.

Bij arrest nr. 225.885 van 19 december 2013 wordt de vordering tot schorsing verworpen bij gebrek aan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

Bij arrest nr. 232.753 van 29 oktober 2015 wordt het voormelde besluit van OVAM van 5 augustus 2013 vernietigd op grond van de volgende motivering:

“[OVAM] poneert in de bestreden beslissing evenwel dat “[u]it analyses van de specie blijkt dat deze niet voldoet aan de normen voor hergebruik”. Deze bewoordingen kunnen niet anders worden begrepen dan dat nuttige toepassing van de baggerspecie om technische redenen hoe dan ook niet mogelijk is. Aldus spoort de motivering van de bestreden beslissing, waarin [OVAM] nochtans aangeeft ‘de redenering van het Antwerpse Havenbedrijf [te kunnen] volgen’, niet met bijlage 7a bij de kennisgeving waarin wordt gesteld dat de reiniging van de baggerspecie in beginsel mogelijk is. Bovendien wordt in de bestreden beslissing niet nader

gemotiveerd waarom nuttige toepassing van de baggerspecie technisch niet uitvoerbaar is.”

4.3. Daarvoor, op 23 augustus 2013, hadden de nv Ondernemingen Jan De Nul en de nv Dredging International, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Verdieping H4H – zijnde de eerste en tweede verzoekende partij in de huidige procedure – een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend bij de Raad van State, tegen “de handhaving en aanvulling van het bestek”, vervat in het voormelde TWB 2. Deze vordering werd door de Raad verworpen bij arrest nr. 224.688 van 17 september 2013, omdat geen afdoende belang werd aangetoond bij die vordering tot schorsing van het TWB 2, houdende de kennisgeving van de toelating van OVAM voor grensoverschrijdend slibtransport en de gevolgen daarvan voor de inschrijver die van die toelating gebruik zou maken.

4.4. Op 14 oktober 2013 wordt een verzoekschrift tot vernietiging van het voormelde TWB 2 bij de Raad ingediend door de thv Verdieping H4H en thans ook door de nv Deme Environmental Contractors en de nv Envisan, de verzoekende partijen in de huidige procedure. Deze zaak is bij de Raad van State gekend onder het rolnummer A. 209.879/XII-7437.

4.5. Ondertussen was, op 20 september 2013, het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen gedagvaard door de nv Silvamo om te verschijnen voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, zetelend zoals in kort geding. De nv Silvamo vorderde in deze procedure de onverbindend-verklaring van de bergingsovereenkomst gesloten tussen het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en de nv Het Havenbedrijf Rotterdam. Bij vonnis van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen van 21 november 2013 werd de vordering van de nv Silvamo ongegrond bevonden. Bij arrest van 9 april 2015 van het hof van beroep te Antwerpen werd het voormelde vonnis in hoger beroep hervormd en werd de vordering van de nv Silvamo ontvankelijk en gegrond verklaard. Het hof verklaart “de overheidsopdracht” geconcretiseerd in de bergingsovereenkomst onverbindend met betrekking tot de nog uit te voeren verbintenissen. Op 10 juli 2015 diende het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen

een voorziening in cassatie in tegen het voormelde arrest van het hof van beroep te Antwerpen.

4.6. Inmiddels diende de nv Silvamo op 16 september 2013 ook een verzoekschrift tot nietigverklaring in bij de Raad van State van “de beslissing van onbekende datum van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot het goedkeuren van de bergingsovereenkomst en het sluiten van de bergingsovereenkomst met de Haven van Rotterdam (gedateerd op 25 juni 2013), met het oog op het storten van de specie uit het project Vierde Havendok (Hansadok) te Antwerpen in het depot De Slufter, waarvan de verzoekende partij kennis heeft gekregen naar aanleiding van het Terechtwijzend Bericht nr. 1, gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen d.d. 19 juli 2013”.

Deze zaak is bij de Raad gekend onder het nummer A. 210.216/XII-7457. Op 5 november 2015 werd in deze zaak door de eerste auditeur die belast werd met het onderzoek in die zaak een verslag neergelegd waarin hij adviseert om de bestreden beslissing te vernietigen omwille van het feit dat de vernietiging door de Raad van State van het besluit van OVAM van 5 augustus 2013 houdende toestemming voor de grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen uit het project Vierde havendok te Antwerpen naar het depot De Slufter “tot gevolg [heeft] dat er geen toelating was voor de berging van voormelde specie” op het voormelde depot. Bij arrest nr. 237.198 van 26 januari 2017 wordt het door de eerste auditeur aangevoerde ambtshalve middel verworpen, aangezien de nietigverklaring van de voormelde toelating niet op zich de wettigheid van de daaraan voorafgaande “bergingsovereenkomst” treft, minstens aangezien dit niet afdoende wordt aangetoond, en wordt het debat heropend.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord twee excepties op, die hierna achtereenvolgens worden uiteengezet en besproken.

Exceptie van gebrek aan belang in hoofde van de derde en de vierde verzoekende partij

6. In een eerste exceptie voert de verwerende partij in haar memorie van antwoord aan dat de derde en de vierde verzoekende partij niet over het vereiste belang beschikken om de gunningsbeslissing aan te vechten. De eerste en de derde tussenkomende partij werpen eenzelfde exceptie op.

7. In hun verzoekschrift voeren de verzoekende partijen aan dat de derde en de vierde verzoekende partij wél belang hebben bij de voorliggende vordering nu zij zich in het kader van de huidige opdracht verbonden hebben aan de respectievelijke vennootschappen die behoren tot dezelfde groep, leden van de thv Verdieping H4H, om de gebaggerde specie te verwerken en daartoe hun verwerkingsinstallaties ter beschikking te stellen. Doordat in de bestreden beslissing de opdracht wordt toegewezen 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 schorsing en vernietiging in bij de Raad tegen de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013. Deze onwettige beslissing tast de derde en de vierde verzoekende partij, als exploitanten van verwerkingsinstallaties van baggerspecie, rechtstreeks in hun activiteiten aan aangezien 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. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de gekozen inschrijver effectief een beroep zal doen op de uitvoeringswijze waarbij baggerspecie wordt afgevoerd naar De Slufter en derhalve ook op de toelating van OVAM voor grensoverschrijdend transport. De beslissing van OVAM is overigens ook van belang in het kader van toekomstige opdrachten, ook van andere aanbestedende overheden. Zo werd een aanvraag bij OVAM uitgaande van de afdeling Maritieme Toegang voor het transport naar De Slufter van 500.000 ton

baggerspecie eveneens afkomstig uit het dokkencomplex Rechteroever in de Haven van Antwerpen en derhalve met dezelfde kenmerken als de baggerspecie in het kader van de voorliggende opdracht geweigerd voor 250.000 ton en toegekend voor 250.000 ton.

In de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid verwees de verwerende partij volgens de verzoekende partijen onterecht naar een arrest van de Raad van State nr. 212.215 van 24 maart 2011 om aan te tonen dat de derde en de vierde verzoekende partij niet over het vereiste belang zouden beschikken. 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 toegewezen. 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.

8. De verwerende partij stelt in haar memorie van antwoord dat de derde en de vierde verzoekende partij slechts de hoedanigheid van onderaannemer hebben en zelf niet hebben deelgenomen aan de opdracht. De loutere hoedanigheid van onderaannemer verschaft aan de derde en de vierde verzoekende partij slechts een onrechtstreeks belang. Zij verwijst hiervoor naar het voormelde arrest van de Raad van State van 24 maart 2011, nr. 212.215. Het gegeven dat de derde en vierde verzoekende partij tot dezelfde groep behoren als de eerste en de tweede verzoekende partij doet hieraan niets af volgens de verwerende partij. De derde en de vierde verzoekende partij hebben de offerte niet mee ondertekend, maar worden als onderaannemer vermeld. De verbondenheid tussen de verzoekende partijen, namelijk dat de derde verzoekende partij een zusteronderneming is van de tweede verzoekende partij en dat de vierde verzoekende partij een zusteronderneming is van de eerste

verzoekende partij, leidt niet automatisch tot deelname van de derde en de vierde verzoekende partij aan de tijdelijke handelsvennootschap die werd opgericht tussen de eerste en de tweede verzoekende partij. Ook het feit dat voorafgaand aan de indiening van de offerte de nodige afspraken zouden zijn gemaakt tussen de verzoekende partijen heeft volgens de verwerende partij niet tot gevolg dat de derde en de vierde verzoekende partij daardoor een inschrijver op de opdracht worden.

9. De eerste tussenkomende partij wijst er ook op dat het louter hypothetisch is dat de derde en de vierde verzoekende partij als slibverwerkende bedrijven in aanmerking zouden zijn gekomen om het betrokken baggerslib in Vlaanderen te verwerken indien de overheidsopdracht aan de eerste en de tweede verzoekende partij zou zijn gegund. Uit geen enkel stuk blijkt dat de eerste en de tweede verzoekende partij op enigerlei wijze verplicht zouden zijn geweest om het opgehaalde baggerslib ter verwerking aan te bieden aan de derde en de vierde verzoekende partij. De in het kader van de betrokken opdracht verleende toestemming om het sterk met TBT vervuilde baggerslib over te brengen naar Nederland heeft geen onmiddellijke negatieve impact op hun activiteiten. De derde en de vierde verzoekende partij tonen niet eens aan dat zij daadwerkelijk over afdoende technische mogelijkheden beschikken om het sterk met TBT vervuilde deel van de hoeveelheid baggerspecie die in het kader van de verdiepingswerken van het dokkencomplex vrijkomt in Vlaanderen te verwerken. Voorts tonen de derde en de vierde verzoekende partij met geen enkel stuk aan dat zij een concurrentieel nadeel zouden lijden.

10. De derde tussenkomende partij wijst erop dat de rechtsvordering die erop gericht is een bepaald voordeel te krijgen, te dezen een overheidsopdracht gegund te krijgen, in beginsel enkel kan worden ingesteld door diegene die het voordeel kan verkrijgen, te deze de kandidaat aan wie de opdracht niet werd toegewezen en niet voor diegene die er belang bij heeft dat die persoon dat voordeel verkrijgt. Die laatste persoon heeft niet de vereiste hoedanigheid.

Dit gebrek aan hoedanigheid geldt dan zowel voor werknemers, partners of klanten van diegenen die het voordeel konden nastreven.

De derde tussenkomenende partij wijst er voorts op dat het belang van een vennootschap die deel uitmaakt van een groep zich niet uitstrekt tot de andere vennootschappen van die groep. Voorts volstaat het feit dat de derde en de vierde verzoekende partij overeenkomsten hadden gesloten om bepaalde delen van de opdracht uit te voeren evenmin om het belang aan te tonen aangezien hieruit niet het bestaan van een rechtstreeks causaal verband tussen het nadeel en de bestreden beslissing volgt.

11. In hun memorie van wederantwoord benadrukken de verzoekende partijen dat vermits door de onwettige beslissing van OVAM de mogelijkheid wordt gecreëerd voor allerlei marktpartijen om gebruik te maken van een onwettige en spotgoedkope uitvoeringswijze waarbij baggerspecie wordt uitgevoerd naar het buitenland, de kans van de derde en de vierde verzoekende partij om in Vlaanderen lokale verwerkingsinstallaties aan te bieden quasi uitgesloten wordt, waardoor zij in hun voortbestaan worden bedreigd. De dumpingprijzen die bij storting in het depot De Slufter worden gehanteerd, betekenen voor de derde en de vierde verzoekende partij geen economische leefbaarheid meer.

Voorts wijzen zij erop dat er geen vaststaande rechtspraak voorligt die stelt dat onderaannemers in alle gevallen slechts een onrechtstreeks belang kunnen doen gelden.

Beoordeling

12. In het auditoraatsverslag wordt, na een uitvoerige bespreking van deze exceptie, besloten tot de onontvankelijkheid van het beroep in hoofde van de derde en de vierde verzoekende partij. Aangezien niet blijkt dat zij door de bestreden beslissingen werden benadeeld, noch blijkt welk rechtstreeks voordeel

de vernietiging van de bestreden beslissingen hun zou bieden, beschikken zij, aldus het auditorsverslag, niet over het vereiste belang.

In hun laatste memorie gedragen de verzoekende partijen zich wat het belang van de derde en de vierde verzoekende partij betreft, naar de wijsheid van de Raad van State. Uit die proceshouding begrijpt de Raad dat de verzoekende partijen niet langer het gebrek aan rechtstreeks belang in hoofde van de derde en de vierde verzoekende partij bij het aanvechten van een gunningsbeslissing voor een overheidsopdracht waarvoor zij geen offerte indienden, betwisten. Alleszins blijven de volgende vaststellingen in het auditorsverslag onverkort overeind: zij zijn geen inschrijver, doch kunnen slechts worden gekwalificeerd als onderaannemers; voorts brengen zij geen bijzondere omstandigheden aan die er te dezen zouden moeten toe leiden dat hun belang in ieder geval aanvaard moet worden; evenmin kunnen zij een rechtstreeks belang ontlenen aan hun statuut van verbonden ondernemingen; voorts blijkt niet dat zij, indien de opdracht wordt gegund aan de thv Verdieping H4H, in ieder geval een duidelijk omschreven deel van de opdracht zullen uitvoeren; en, in zoverre zij verwijzen naar het nadeel dat zij als exploitanten van in Vlaanderen gelegen verwerkingsinstallaties lijden waarbij zij zelfs in hun voortbestaan worden bedreigd, volgt dit nadeel niet rechtstreeks uit de bestreden gunningsbeslissing, maar uit de daaraan voorafgaande beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 tot toelating van grensoverschrijdend transport van baggerspecie. De Raad van State valt deze vaststellingen bij. Het beroep is onontvankelijk in hoofde van de derde en de vierde verzoekende partij.

Exceptie van gebrek aan belang in hoofde van de eerste en tweede verzoekende partij wat de impliciete weigeringsbeslissing betreft

13. In een tweede exceptie werpt de verwerende partij op dat voor zover de eerste en de tweede verzoekende partij de nietigverklaring van de impliciete beslissing tot niet-gunning van de opdracht vragen, zij niet aantonen welk bijkomend voordeel de nietigverklaring van deze beslissing hun zou

opleveren dat niet gelijk te stellen valt met het voordeel dat volgt uit een eventuele vernietiging van de gunningsbeslissing. Zij voeren geen middelen aan die tot de vaststelling moeten leiden dat de aanbestedende overheid geen andere keuze had dan hun de opdracht te gunnen. Ze voeren geen enkel middel aan dat kan worden gesteund op de vermeende onwettigheid van de gunningsbeslissing, respectievelijk impliciete weigeringsbeslissing. Noch leveren zij enige kritiek omtrent het onderzoek van de offertes, of omtrent de prijzen van de gekozen inschrijver. Zij brengen ook geen onderbouwing aan voor hun stelling dat zij het enige alternatief zouden zijn, ingevolge de vermeende onwettigheid van de mogelijkheid tot gebruik van De Slufter, om door gebruikmaking van de verwerkingsinstallaties en bergingsmogelijkheden waarover zij beschikken, de betreffende baggerspecie te verwerken.

14. De verzoekende partijen zijn daarentegen in hun memorie van wederantwoord van mening dat de opdracht hun had moeten worden gegund. Nu blijkt dat de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf toepassing maakt van een onwettige uitvoeringsmethode en nooit in aanmerking kan komen voor gunning en aangezien de verzoekende partijen wel een wettige uitvoeringsmethode hanteren en derhalve de laagste regelmatige offerte hebben ingediend, dient de opdracht aan hen ontegensprekelijk te worden gegund.

Beoordeling

15. In het auditoraatsverslag wordt vastgesteld dat deze exceptie samenhangt met de grond van de zaak. In haar laatste memorie komt de verwerende partij niet expliciet terug op deze exceptie maar geeft zij wel uitgebreide kritiek op de analyse van de auditeur inzake de gegrondheid van het eerste middel die volgens de auditeur zou leiden tot de vernietiging van zowel de bestreden gunningsbeslissing als de impliciete beslissing tot niet-gunning van de opdracht aan de thv Verdieping H4H.

De exceptie hangt samen met de grond van de zaak.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

16. De verzoekende partijen voeren in een eerste middel de schending aan van artikel 11, eerste lid, a) en h) van verordening (EG) nr. 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 ‘betreffende de overbrenging van afvalstoffen’ (hierna: de EVOA-verordening), artikel 3, 2°, artikel 4, eerste lid, e), artikel 4, tweede lid, § 1, en artikel 16 van richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 ‘betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen’ (hierna: kaderrichtlijn afval), artikel 15, tweede lid, van richtlijn 2010/75/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 ‘inzake industriële emissies’ – de herschikte IPPC-richtlijn, van artikel 3, 13°, artikel 4, § 3, e) en artikel 25, 3°, a), van het decreet van 23 december 2011 ‘betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen’ (hierna: het materialendecreet), artikel 4.1.3 van het besluit van de Vlaamse regering van 17 februari 2012 ‘tot vaststelling van het Vlaams reglement betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen’ (hierna: Vlarema), van het “BBT-beginsel” opgenomen in artikel 30*bis*, § 5, van het besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 ‘houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning (hierna: Vlarem I), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de formelemotiveringswet) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer specifiek de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partijen klagen in essentie aan dat de opdracht wordt gegund aan een inschrijver, die “klaarblijkelijk [...] toepassing zal maken van het depot de Slufter”, terwijl “de uitvoeringsmethode waarbij baggerspecie wordt getransporteerd naar de Slufter in Rotterdam [...] door geen enkele

inschrijver kan worden vooropgesteld en gehanteerd”, aangezien de toelating van OVAM voor deze transporten onwettig is.

Vervolgens zetten de verzoekende partijen in vijf onderdelen van hun middel uiteen waarom de toelating van OVAM van 5 augustus 2013 onwettig is.

Voorts geven de verzoekende partijen aan dat zij over het vereiste belang beschikken bij dit middel aangezien de onwettigheid van de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 ertoe leidt dat daarop geen beroep kan worden gedaan, noch door de aanbestedende overheid, noch door een inschrijver. Bijgevolg is de uitvoeringswijze van de gekozen inschrijver, die effectief de baggerspecie grensoverschrijdend zal transporteren, onwettig zodat de onwettigheid van de beslissing van OVAM de wettigheid van de gunningsbeslissing aantast.

De verzoekende partijen zijn van oordeel dat de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 ook te beschouwen is als een voorbeslissing in het kader van de gunningsprocedure aangezien deze beslissing genomen werd op vraag van de verwerende partij in het kader van de voorbereiding van de finale handeling, zijnde de gunning van de opdracht. Het betreft overigens een beslissing van OVAM die specifiek betrekking heeft op het bestek en op de voorliggende opdracht; zonder deze voorbeslissing zou enige afvoer van baggerspecie naar De Slufter onmogelijk zijn. Bovendien werd deze beslissing van OVAM met twee terechtwijzende berichten geïncorporeerd in het bestek en betreft het geen losstaande beslissing.

De verzoekende partijen wijzen er ten slotte nog op dat de gunningsbeslissing ook precies wordt gemotiveerd vanuit deze beslissing van OVAM. Zonder deze toelating voor grensoverschrijdend slibtransport zou de gekozen uitvoeringsmethode die wordt “bewerkstelligd” in de gunningsbeslissing niet mogelijk zijn.

17. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij op dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij hun eerste middel omdat het niet gericht is tegen de bestreden gunningsbeslissing maar wel tegen de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 waarbij toelating wordt verleend voor grensoverschrijdend transport. De verzoekende partijen kunnen zich ter ondersteuning van hun belang niet beroepen op de theorie van de complexe rechtshandeling aangezien de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 niet kadert in de keten van beslissingen die eigen zijn aan de gunningsprocedure, gevoerd door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

18. De eerste tussenkomende partij voert dezelfde exceptie van gebrek aan belang bij het middel aan. Zij stelt eveneens dat het middel beperkt is tot het invoeren van de vermeende onwettigheid van haar beslissing van 5 augustus 2013. Deze beslissing doet volgens haar echter geen zeker en rechtstreeks nadeel ontstaan in hoofde van de verzoekende partijen. Uit de beslissing volgt immers geen verplichting om de afvalstoffen over te brengen naar Nederland. Het betreft een loutere mogelijkheid. De eerste en de tweede verzoekende partij konden naar eigen keuze ook gebruikmaken van deze mogelijkheid en werden dus niet benadeeld of verhinderd om een competitieve offerte in te dienen.

Het buiten toepassing laten van haar beslissing kan de verzoekende partijen ook geen voordeel opleveren aangezien de toestemming niet noodzakelijk is om de afvalstoffen naar Nederland over te brengen. Een kennisgeving van het voornemen om afvalstoffen over te brengen naar Nederland kan net zo goed gebeuren door de uitvoerder van de overheidsopdracht zelf na het baggeren van het slib. Het is niet uitgesloten dat de uitvoerder van de opdracht geen gebruikmaakt van de toestemming die werd verleend op 5 augustus 2013 maar zelf een nieuwe kennisgeving zou verrichten met een gelijkaardig doel.

Zelfs indien de verzoekende partijen wel een nadeel zouden hebben geleden door het voorzien van de facultatieve mogelijkheid om de

afvalstoffen over te brengen naar Nederland, dan zou dit volgen uit de beslissing van de verwerende partij om in de mogelijkheid te voorzien dat de afvalstoffen worden overgebracht naar Nederland, ongeacht of de verwerende partij reeds faciliterend zou zijn opgetreden door voorafgaand zelf de benodigde kennisgevingsprocedure te volgen, dan wel dit zou hebben overgelaten aan de aannemer om het later te verrichten eenmaal de overheidsopdracht zou zijn gegund.

De eerste tussenkomende partij stelt ook dat de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 niet werd aangevochten met een annulatieberoep door de eerste en de tweede verzoekende partij, zodat zij in de huidige procedure niet onrechtstreeks een middel kunnen aanvoeren dat er eigenlijk toe strekt de Raad zich te laten uitspreken over de wettigheid van de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013.

19. De tweede tussenkomende partij werpt eveneens een exceptie van gebrek aan belang bij het middel op. Zij wijst erop dat de verzoekende partijen hun economische belangen willen veiligstellen. De verzoekende partijen worden echter niet in die belangen geraakt door een eventuele schending van milieuwetgeving, zoals de IPPC/RIE-richtlijnen.

Subsidiair betwist de tweede tussenkomende partij de “foutieve verklaringen over de Wmvergunning (i.e. de milieuvergunning) van de Slufter, waaruit vervolgens foutief wordt afgeleid dat de betrokken baggerspecie niet in de Slufter kan worden geborgen”. Zij weerlegt vervolgens de volgens haar foutieve beweringen van de verzoekende partijen betreffende de milieuvergunning van De Slufter.

20. De derde tussenkomende partij sluit zich in haar toelichtende memorie aan bij het betoog van de verwerende partij. Zij stelt dat de beslissing van OVAM slechts te beschouwen is als een faciliterende beslissing maar niet als een voorbereidende beslissing. De gunningsbeslissing steunt geenszins op de beslissing van OVAM.

Zij is ook van mening dat de stelling van de verzoekende partijen dat het niet mogelijk is voor een inschrijver om een beroep te doen op een uitvoeringsmethode waarbij baggerspecie naar het buitenland wordt getransporteerd, indien er op het ogenblik van de gunningsbeslissing geen wettige toelating voorligt, geen steun vindt in enige regel.

Voorts merkt zij op dat de beslissing van OVAM definitief is in hoofde van de eerste en de tweede verzoekende partij, aangezien zij de beslissing van OVAM niet hebben bestreden met een beroep tot nietigverklaring.

21. In hun memorie van wederantwoord herhalen de verzoekende partijen dat de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 als een voorbeslissing deel uitmaakt van de complexe rechtshandeling die geleid heeft tot de bestreden gunningsbeslissing. Zonder deze toelating voor grensoverschrijdend slibvervoer is de gekozen uitvoeringsmethode, die in de gunningsbeslissing wordt “bewerkstelligd”, niet mogelijk.

22. In de laatste memorie betwist de verwerende partij ten stelligste dat de gunningsbeslissing, omdat de OVAM-toelating in de beoordeling werd betrokken, *ipso facto* onwettige motieven zou bevatten, laat staan dat dit impliceert dat de opdracht enkel aan de thv Verdieping H4H kon worden gegund. De OVAM-toelating maakt niet de rechtsgrond uit van de bestreden gunningsbeslissing. Die beslissing steunt op motieven, die op het ogenblik dat de gunningsbeslissing werd genomen, rechtsgeldig waren. Dit werd ook bevestigd in het arrest van 5 december 2013, nr. 225.728, waarbij de Raad van State de schorsingsvordering die door de verzoekende partijen werd ingesteld tegen de gunningsbeslissing verwierp. De schorsingsvorderingen die bij de Raad aanhangig werden gemaakt tegen de OVAM-toelating werden ook allemaal verworpen.

De verwerende partij betwist voorts ook de kwalificatie van de OVAM-beslissing als een voorbeslissing van de gunningsbeslissing. Daar anders

over oordelen zou volgens haar impliceren dat het bestek in oorsprong onwettig is zodat op geen enkele wijze rechtsgeldig tot gunning mocht worden overgegaan. Aangezien in het bestek werd uitgegaan van de mogelijkheid tot het gebruik van De Slufter, was een gunningsbeslissing op grond van het bestek in dat geval dus niet mogelijk zonder substantiële wijziging van het bestek. Dit zou dan noodzakelijkerwijze aanleiding hebben moeten geven tot de stopzetting van de opdracht.

Wat de impliciete weigeringsbeslissing betreft, wijst de verwerende partij erop dat de eerste en de tweede verzoekende partij geen concrete elementen naar voren brengen die zouden moeten doen besluiten dat een mogelijke vernietiging ervan, naast een gebeurlijke vernietiging van de gunningsbeslissing, hun bijkomend voordeel oplevert. Bovendien dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partijen geen belang meer hebben bij de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing nu de opdracht integraal werd uitgevoerd. Ten aanzien van hun moreel belang volstaat dan ook de vernietiging van de expliciete beslissing.

De verwerende partij benadrukt tevens dat de verzoekende partijen evenmin uitzonderlijke omstandigheden aantonen waaruit blijkt dat de opdracht sowieso enkel aan hen kon worden gegund. Zij betwist ten stelligste dat ingevolge de vermeende onwettigheid van de mogelijkheid tot gebruik van De Slufter, de opdracht sowieso aan de thv Verdieping H4H had moeten worden gegund. Zij betoogt daartoe:

“Immers, indien [de verwerende partij] teruggeplaatst zou worden op het ogenblik van de beoordeling van de offertes zonder dat rekening mag worden gehouden met de thans vernietigde OVAM-toelating, waren er diverse mogelijkheden geweest, andere dan een automatische gunning aan de THV Verdieping H4H:

- Het is vooreerst niet uitgesloten dat er alsnog een wettige vergunning zou worden verleend door OVAM. Niets verhindert OVAM om op grond van het eerder ingediende kennisgevingsdossier een nieuwe beslissing te nemen mits daarbij rekening wordt gehouden met de vernietigingsgronden van het arrest van Uw Raad van 29 oktober 2015 met nr. 232.753.

In dat verband is te beklemtonen dat de vernietiging door Uw Raad van de OVAM-toelating beperkt is tot de vaststelling van een formele onwettigheid:

[...]

Aangezien de exporttoelating van OVAM van 5 augustus 2013 werd vernietigd omdat het een tegenstrijdige motivering zou bevatten, is het mogelijk dat OVAM tot het besluit komt dat er wel degelijk een exporttoelating kan worden verleend, en dit op gronden die niet strijdig zijn met het kennisgevingsdossier.

- Voor zover Uw Raad de mogelijkheid van een wettige exporttoelating en gunning aan MVO zou uitsluiten, kan Uw Raad niet uitsluiten dat [de verwerende partij] prijsverantwoording of- toelichting zou vragen aan de THV Verdieping H4H.

Er is bovendien geen reden waarom [de verwerende partij] zich niet zou kunnen beroepen op de mogelijkheid om de opdracht vervolgens stop te zetten - gezien de prijszetting van de THV Verdieping H4H - wegens onaanvaardbare prijzen, en na te gaan hoe best te werk kon worden gaan (hetzij een nieuwe opdracht uitschrijven, hetzij bijvoorbeeld zelf in tijdelijke opslagplaatsen voorzien).

Dat deze piste geenszins kan worden uitgesloten, blijkt uit het verleden. [De verwerende partij] zag zich in een eerdere opdracht reeds genoodzaakt tot stopzetting cq. niet-gunning van de opdracht wegens significant te hoge prijzen die door de THV Verdieping H4H werden geboden (nl. de opdracht met bestek B10025).

- Er is bovenal geen reden waarom [de verwerende partij] zou moeten aannemen dat de baggerspecie enkel op de Vlaamse markt moet kunnen worden afgezet en zij dus de facto verplicht zou zijn om aan de Vlaamse baggerbedrijven te gunnen aan prijzen die kennelijk boven de buiten Vlaanderen gangbare prijzen liggen.

De *de facto* 'afscherming' van de baggermarkt die het gevolg zou zijn van het niet toelaatbaar achten van zelfs maar de hypothese van behandeling buiten Vlaanderen zou niet enkel de miskennis inhouden van de Europese interne markt, maar zou zelfs strijdig kunnen zijn met het verbod van staatssteun.

[...].”

Ten slotte meent de verwerende partij dat de vernietiging van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partijen te gunnen, zou neerkomen op een miskennis van de bevoegdheid van de hoven en de rechtbanken. De verzoekende partijen hebben reeds een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechtbank ingediend. Zodoende zou de Raad van State uitspraak doen over het verweer dat ook in het kader van de vordering tot schadevergoeding zal worden gevoerd en zich in de plaats stellen van de

burgerlijke rechter die exclusief bevoegd is om over de voormelde vordering tot schadevergoeding te oordelen.

23. De derde tussenkomende partij, de gekozen inschrijver, betwist eveneens in haar laatste memorie dat de bestreden beslissing de materiële-motiveringsplicht zou schenden. Immers, op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen, was de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 een gegeven, ook al werd ze nadien vernietigd door de Raad van State en moet ze daardoor in beginsel geacht worden retroactief uit de rechtsorde te zijn verdwenen. Zij verwijst hierbij ook naar het voormelde arrest nr. 225.728 van 5 december 2013 waarin het schorsingsverzoek met betrekking tot de bestreden beslissingen werd afgewezen. Gezien aldus op het ogenblik dat de gunningsbeslissing werd genomen, er nog geen arrest was uitgesproken, diende verwerende partij dan ook uit te gaan van de wettigheid van de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013. Zij heeft dan ook niet in strijd met het bestek gehandeld.

Zij herhaalt voorts haar standpunt dat de beslissing van OVAM te beschouwen is als een faciliterende beslissing, maar geenszins als een voorbereidende beslissing. De bestreden beslissing laat het volledig aan de keuzevrijheid van de aannemer over om de inrichting te kiezen waar de baggerspecie zal worden verwijderd, zoals het ook de aannemer is die de nodige vergunningen moet aanvragen en ze bij zijn offerte moet voegen. Een en ander betekent, aldus de derde tussenkomende partij, dat de OVAM-beslissing van 5 augustus 2013 volledig losstaat van de gunningsbeslissing: “[h]et ontstaan van een gunningsbeslissing hing niet af van de mogelijkheid van transport van baggerspecie naar de Slufter of van bestuursbeslissingen in dit verband”. Minstens is de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 al zeker geen “noodzakelijke” beslissing geweest voor de totstandkoming van de gunningsbeslissing, aangezien deze laatste immers op een loutere uitvoeringsmogelijkheid betrekking had. Het loutere feit dat rekening wordt gehouden met die beslissing “met het oog op de totstandkoming van een wettige beoordeling (onder meer wat

betreft het prijsonderzoek)” noopt volgens de derde tussenkomende partij niet tot een andere conclusie.

Beoordeling

24. In tegenstelling tot wat de verwerende partij en de tussenkomende partijen aanvoeren, is het eerste middel niet enkel en alleen gericht tegen de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 tot toelating van grensoverschrijdend transport voor afvalstoffen. De verzoekende partijen geven in hun middel uitdrukkelijk aan dat de bestreden gunningsbeslissing een schending inhoudt van onder meer de formele- en materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidbeginsel doordat daarin toepassing wordt gemaakt van een onwettige beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 waarbij deze toelating verleent om het baggerspecie te transporteren naar De Slufter in Nederland en doordat de opdracht wordt gegund aan een inschrijver die zich effectief beroept op de voormelde toelating van OVAM.

De eerste en de tweede verzoekende partij hebben samen een offerte ingediend voor de voorliggende opdracht, waarbij zij geen beroep deden op de mogelijkheid die uitdrukkelijk in de opdrachtdocumenten werd aangegeven om de baggerspecie te transporteren naar De Slufter in Nederland en op de voormelde toelating van OVAM van 5 augustus 2013, waarvan met TWB 2 kennis werd gegeven aan de inschrijvers. Bijgevolg kan hun niet het belang worden ontzegd bij een middel waarin zij de wettigheid van de gunningsbeslissing aanvechten omdat deze kiest voor een inschrijver die wél een beroep doet op de voormelde uitvoeringswijze en toelating, die volgens hen onwettig is.

Ook de argumentatie van de tweede tussenkomende partij kan niet worden bijgevalen. Immers een gunningsbeslissing die zou zijn genomen met miskennis van milieuregelgeving kan de verzoekende partijen wel degelijk rechtstreeks raken in hun concurrentiepositie. Dat is een wezenlijk andere situatie dan deze van een verzoekende partij die een aan een concurrent verleende

vergunning bestrijdt en daarbij enkel onwettigheden aanvoert die geen weerslag kunnen hebben op de eigen bedrijfsvoering. Voorts kan niet worden ontkend dat, zoals de aanbestedende overheid in de bestreden beslissing ook aangeeft, het voor de bv Martens en van Oord precies ook mogelijk was een concurrentiële offerte in te dienen door gebruik te maken van de betrokken mogelijkheid om het baggerspecie over te brengen naar het depot De Slufter in Nederland. De aanbestedende overheid overweegt in dat verband in de bestreden gunningsbeslissing dat zij in “de aangehouden overtuiging [was] dat door het toelaten van deze mogelijkheid een interessante prijszetting mogelijk was”.

Aangezien de voormelde opdracht werd gegund bij aanbesteding waarbij de prijs het enige gunningscriterium vormt, hebben de eerste en de tweede verzoekende partij, die een offerte indienden voor de voorliggende opdracht, dan ook des te meer belang bij een middel waarin zij aanvoeren dat de gekozen inschrijver een beroep deed op een goedkopere onwettige uitvoeringsmogelijkheid voor de opdracht.

25. De materiële motiveringsplicht houdt in dat er voor elke bestuurshandeling rechtens aanvaardbare motieven moeten bestaan. Dit betekent onder meer dat die motieven steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid door het bestuur werden vastgesteld. Bovendien moet de overheid de gegevens die in rechte en in feite juist zijn, correct en zorgvuldig beoordelen en op grond van deze gegevens in redelijkheid tot een beslissing komen. Een beslissing schendt de materiële motiveringsplicht wanneer de motieven waarop ze steunt onjuist of onwettig zijn of de beslissing niet kunnen dragen.

26. Vastgesteld dient te worden dat in de bestreden gunningsbeslissing de aanbestedende overheid uitdrukkelijk verwijst naar de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 tot toelating van grensoverschrijdend transport van afvalstoffen.

Immers, in de bestreden gunningsbeslissing wordt onder “Historiek & Motivatie” onder meer vermeld:

“In het bestek wordt aangegeven dat de aannemer desgewenst gebruik kan maken van de toelating van het GHA voor transport van de baggerspecie naar de deponie De Slufter, waarvoor de aanvraagprocedures hangende waren.

[...] De rol van het GHA op dat vlak is louter faciliterend, waarbij het GHA het nodige gedaan heeft om de administratieve voorbereidingsprocedure te doorlopen opdat verwerking in het buitenland zou kunnen binnen de uitgeschreven overheidsopdracht.

[...]

[D]e tot op heden niet-gestaafde beweringen inzake de beweerdelijke onwettigheid van de OVAM vergunning kunnen niet gevolgd worden. [...]. Er is dus uit te gaan van de wettigheid en uitvoerbaarheid van deze vergunning.

[...]

Om de toelating voor transport van de baggerspecie naar de deponie De Slufter te bekomen, diende het GHA op 26 juni 2013 een kennisgevingsdocument voor grensoverschrijdende afvaloverbrenging bij OVAM in. De toelating voor grensoverschrijdend vervoer van vervuilde baggerspecie met als doel deze te bergen in de deponie De Slufter te Rotterdam werd bekomen op 5 augustus 2013. Het gaat daarbij om 170 transporten over een periode van 5 augustus 2013 tot en met 31 juli 2014. Op 6 augustus 2013 gaven de Nederlandse autoriteiten hun toestemming ter zake. Dit werd ter kennis gebracht middels TWB 2.”

En voorts wordt bij de beoordeling van de materiële regelmatigheid van de offertes over de offerte van de gekozen inschrijver nog het volgende overwogen:

“Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv maakt als enige gebruik van de mogelijkheid om de gebaggerde baggerspecie in de deponie De Slufter, te Rotterdam, te bergen. Het was de aangehouden overtuiging van het GHA dat door het toelaten van deze mogelijkheid een interessante prijszetting mogelijk was. Dat het gebruik maken van deze mogelijkheid zou leiden tot een lagere prijs, ligt in lijn met de verwachtingen van het GHA. [...]

Niettemin heeft het GHA, voor alle zekerheid en ter bevestiging van hetgeen reeds uit de offerte kon worden afgeleid, Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv met aangetekend schrijven van 29 augustus 2013 bevraagd omtrent de door hen ingediende prijzen, en werd specifiek omtrent een aantal specifieke posten duiding gevraagd, inzonderheid:

- [...]

- Post 3 transporteren conform milieuwetgeving,
- Post 4 verwerking en/of berging conform milieuwetgeving en
- [...]

[...]

De geboden antwoorden lieten toe om te besluiten dat er zich in casu geen schijnbaar abnormale prijzen voordoen.

-[...]

- De transportprijs (post 3) ligt in dezelfde lijn als het geraamde eenheidstarief zoals bepaald in het kader van het uitgevoerde marktonderzoek voor afvoer naar de deponie De Slufter. De milieuheffingskosten werden ook opgenomen in de prijscalculatie van deze post.

- De voorziene bergingsprijs (post 4) ligt in de lijn van de gepubliceerde tarieven voor berging in de deponie De Slufter.

-[...]

[...]

De afwijking ten opzichte van de raming valt in het algemeen te verklaren door de financieel gunstige impact van de gekozen bergingswijze.”

In zijn prijsverantwoording van 9 september 2013 verwijst de gekozen inschrijver, de bv Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf, voor post 3 – transporteren conform milieuwetgeving – uitdrukkelijk naar de kennisgeving BE001003673 die door de verwerende partij werd ingediend bij OVAM en voor post 4 – verwerking en/of berging conform milieuwetgeving – naar de uitgangspunten gesteld door het depot de Slufter en opgenomen in de bergingsovereenkomst.

27. Uit het voorgaande blijkt dat de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek van de offerte van de gekozen inschrijver en het nemen van de bestreden gunningsbeslissing zijn gebruikmaking van “de mogelijkheid om de gebaggerde baggerspecie in de deponie De Slufter, te Rotterdam, te bergen” – die daarvoor een beroep doet op de toelating van OVAM van 5 augustus 2013 voor grensoverschrijdend transport – essentieel in haar beoordeling heeft betrokken. In de bestreden beslissing wordt uitdrukkelijk vermeld dat “[d]e toelating voor grensoverschrijdend vervoer van vervuilde baggerspecie met als doel deze te bergen in de deponie De Slufter te Rotterdam werd bekomen op 5 augustus 2013” waarvan de “beweerde onwettigheid” niet wordt bijgevalen.

De argumentatie van de eerste en de derde tussenkomen­de partij dat het voorhanden zijn van de toelating niet noodzakelijk zou zijn op het ogenblik van de gunning, doet niets af aan het gegeven dat de aanbestedende overheid te dezen in haar gunningsbeslissing uitdrukkelijk wel rekening heeft gehouden met het bestaan van de toelating afgeleverd op 5 augustus 2013. De aanbestedende overheid stelt ook dat zij het nodige gedaan heeft om de administratieve voorbereidingsprocedure te doorlopen, lees het verkrijgen van de toelating van OVAM voor grensoverschrijdend transport van het slib, opdat verwerking van het slib in het buitenland zou mogelijk zijn binnen de uitgeschreven overheidsopdracht. Uit de specifieke omstandigheden van deze zaak blijkt dan ook dat de aanbestedende overheid de aanwezigheid van de toelating van OVAM in ieder geval – los van de vraag of deze al dan niet kan worden beschouwd als een noodzakelijke voorbeslissing in de kwestieuze gunningsprocedure – mee in de beoordeling betrokken heeft bij de beslissing tot gunning van de opdracht aan de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf.

Voorts, zoals reeds opgemerkt en zoals de aanbestedende overheid in de bestreden beslissing ook aangeeft, blijkt het voor de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf precies ook mogelijk te zijn geweest een concurrentiële offerte in te dienen door gebruik te maken van die toelating van OVAM van 5 augustus 2013. De aanbestedende overheid geeft immers te kennen dat zij steeds in de overtuiging was dat door het toelaten van deze mogelijkheid een “interessante prijs­zetting” mogelijk was en “[d]at het gebruik maken van deze mogelijkheid zou leiden tot een lagere prijs”. De aanbestedende overheid bevestigt aldus de onmiddellijke impact van het gebruik van de toelating van OVAM op de offerteprijs van de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf. Aangezien de voormelde opdracht werd gegund bij aanbesteding waarbij de prijs het enig gunningscriterium vormt, heeft het gebruik van de toelating van OVAM dan ook een wezenlijke impact gehad op de bestreden gunningsbeslissing.

28. Bij arrest nr. 232.753 van 29 oktober 2015 werd de voormelde beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 tot het verlenen van toelating voor

grensoverschrijdend transport ingevolge kennisgeving BE001003673 echter vernietigd. Deze vernietiging geldt *erga omnes* en heeft terugwerkende kracht. Daardoor heeft die beslissing vanaf het ogenblik waarop ze werd genomen elke materiële rechtskracht verloren en moet ze worden geacht nooit werkzaam te zijn geweest. In de motivering van de bestreden beslissing wordt dan ook verwezen naar een niet bestaand gegeven of een niet in rechte aanvaardbaar motief. In die zin ontbeert de bestreden gunningsbeslissing, waarin bij de beoordeling van de offertes uitdrukkelijk rekening wordt gehouden met het bestaan van de voormelde toelating en waarbij een offerte wordt gekozen die een uitvoeringsmethode aanwendt waarbij een beroep wordt gedaan op deze toelating, de vereiste materiële draagkracht.

De verwijzing door de verwerende partij en de derde tussenkomende partij naar het arrest in de schorsingsprocedure tegen de bestreden beslissing en naar het feit dat de schorsingsberoepen tegen de OVAM-toelating ook allemaal werden verworpen, kan hun geen soelaas bieden. Op dat ogenblik had de Raad van State zich nog niet uitgesproken over de rechtmatigheid van die toelating. De overweging in die arresten dat de aanbestedende overheid in ieder geval bij het nemen van de bestreden beslissingen diende uit te gaan van de wettigheid van de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013, als een bestuursbeslissing waaraan het vermoeden van rechtmatigheid kleeft, sluit echter niet uit, zoals de Raad van State er ook reeds in het schorsingsarrest op wees, dat hij nog de onwettigheid ervan zou vaststellen, wat uiteindelijk is gebeurd bij arrest nr. 232.753 van 29 oktober 2015. Deze vernietiging werkt, zoals reeds gezegd, retroactief en tast ook de wettigheid aan van de intussen genomen navolgende beslissingen in de mate dat deze op die vernietigde beslissing zijn gesteund.

Overigens heeft de Raad van State in het arrest nr. 236.508 van 22 november 2016 wel de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van een gelijkaardige 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, bevolen. Daarbij overwoog hij dat het vermoeden van legaliteit van bestuursbeslissingen er niet aan in de weg staat dat, gelet op de vernietiging door de Raad van State van het zo goed als identieke besluit van OVAM van 5 augustus 2013 en een reeks opeenvolgende verslagen, waarin de auditeur, na onderzoek van de grond van de zaak, besluit tot de onwettigheid van nog navolgende quasi-identieke besluiten van OVAM, 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.

29. Het middel is bijgevolg in de aangegeven mate gegrond.

30. De verzoekende partijen vragen in het verzoekschrift ook de nietigverklaring van de impliciete beslissing om hun de opdracht te weigeren.

De nietigverklaring van een expliciete gunningsbeslissing houdt in dat daardoor ook meteen de weigering verdwijnt om de opdracht aan de andere inschrijvers te gunnen, in zoverre ze alleen uit het bestaan van de gunningsbeslissing mocht worden afgeleid.

Niettemin kan een verzoekende partij ook de vernietiging vragen en verkrijgen van de uit de gunningsbeslissing gebleken impliciete weigering om de opdracht aan haarzelf toe te kennen. Deze jurisprudentiële techniek dient evenwel aan uitzonderlijke gevallen voorbehouden te blijven. De verzoekende partij dient in dit verband dan specifiek aannemelijk te maken, in haar middelen, dat de opdracht aan haarzelf had moeten worden gegund.

Dergelijke uitzonderlijke omstandigheden worden hier niet aangetoond. Door het gegrond bevonden eerste middel staat immers niet vast dat het aan de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf verstrekte voordeel aan de verzoekende partij had moeten zijn toegekend.

Weliswaar gaat het om een aanbesteding, hebben de verzoekende partijen de tweede laagste offerte ingediend en blijkt uit het gunningsverslag dat de aanbestedende overheid, na selectie van de drie inschrijvers, de drie ingediende offertes onderworpen heeft aan een onderzoek van de formele en materiële regelmatigheid en dat zij ten aanzien van de offerte van de verzoekende partijen geen opmerkingen heeft geformuleerd, ook niet over “onaanvaardbare [hoge] prijzen”, dit in tegenstelling tot de offerte van de derde inschrijver waarbij wel vragen werden gesteld omtrent de materiële regelmatigheid – die zij evenwel niet nader heeft “onderzocht en beslecht”, aangezien deze inschrijver “de hoogste offerte heeft ingediend”.

Te dezen wordt echter enkel vastgesteld dat de bestreden beslissing tot gunning aan de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf niet steunt op draagkrachtige motieven door de nietigverklaring van de OVAM-toelating waarop die beslissing mede steunt. De beoordeling zou eventueel anders zijn, mocht de OVAM-toelating nietig verklaard zijn geworden en daarbij had komen vast te staan dat de kwestieuze specie in geen geval naar De Slufter mocht worden gebracht, doch dit valt niet af te leiden uit het voormelde arrest nr. 232.753 van 29 oktober 2015.

De in het huidig arrest vastgestelde schending betreft enkel de materiële motiveringsplicht in hoofde van de aanbestedende overheid, waarbij de uitkomst van een eventueel nieuw zorgvuldig onderzoek niet volledig bij voorbaat vaststaat.

Ook het tweede en het derde middel kunnen bij een eventuele gegrondheid geen aanleiding geven tot de conclusie dat enkel nog aan de verzoekende partijen mag worden gegund.

Het beroep tegen de impliciete beslissing de opdracht niet aan verzoekende partijen te gunnen, wordt verworpen.

BESLISSING

- 1. Het beroep wordt verworpen in hoofde van de nv Deme Environmental Contractors en de nv Envisan.**
- 2. De Raad van State vernietigt de beslissing van 14 oktober 2013 van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot gunning van de opdracht ‘Verdiepingsbaggerwerken Antwerpse dokkencomplex Rechterover 4^{de} Havendok’ bestek B10133 aan de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf.**
- 3. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.**
- 4. De verwerende partij wordt voor twee vierden en de derde en de vierde verzoekende partij elk voor een vierde verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 700 euro.
De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op 375 euro, elk voor een derde.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 mei 2017,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest