

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 240.797 van 22 februari 2018

in de zaak A. 215.094/XII-7839

In zake:

1. de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL
2. de NV DREDGING INTERNATIONAL
samen vormend de THV VERDIEPING H4H
3. de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
4. de NV ENVISAN

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Annelies Verlinden en Evelien De
Raeymaecker
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkommende partij:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. Het beroep, ingesteld op 7 april 2015, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 2 februari 2015 van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen [...] tot gunning van de opdracht ‘Baggerproject Antwerpse Scheepswerf (Hansadok)’ op basis van het Bestek B10246, aan inschrijver Martens & Van Oord en derhalve niet aan de THV Verdieping H4H”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 230.581 van 20 maart 2015 verwerpt de Raad van State de vordering ingesteld door de verzoekende partijen tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen.

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 15 september 2015. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 januari 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaat Rozanna Vander Hulst, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Stijn Maeyaert, loco advocaat Frank Judo, en advocaten Filip De Preter en Dominique Devos, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen schrijft een opdracht voor werken uit met betrekking tot baggerwerken voor het verwijderen van verontreinigde baggerspecie ter hoogte van de dokken en de taluds van de Antwerpse scheepswerf aan de Westzijde van het Hansadok. De opdracht wordt geraamd op een bedrag van 4.500.000 euro, btw niet inbegrepen.

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

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

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

“ 1.3. Beschrijving van de werken

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

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

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

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

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

- De aannemer verbindt zich ertoe om zelf in te staan voor het vervullen van alle voorwaarden die uitdrukkelijk of impliciet in de toelating zijn vermeld, zoals onder meer de verplichte registratie van de vervoerder van afvalstoffen alsook de voorwaarden van art. 16 van de Verordening (EG) 1013/2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen aangaande de voormeldingen van de transporten en de bij elke overbrenging te vervullen formaliteiten. De aannemer verbindt zich ertoe om de identiteit van de vervoerder, van zodra deze bekend is, onverwijld en op de wettelijk voorziene wijze aan de bevoegde autoriteiten te melden (hierbij dient opgemerkt te worden dat de identiteit van de geplande vervoerder, zoals weergegeven op het goedgekeurde kennisgevingsdocument slechts voorlopig en uitsluitend met het oog op het doorlopen van de kennisgevingsprocedure werd ingevuld). Het Havenbedrijf zal de aannemer machtiging verlenen voor het vervullen van de bedoelde formaliteiten. De

aannemer verbindt zich er eveneens toe om het Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde voorwaarden niet correct nageleefd worden.

- De aannemer staat in voor de betaling van de milieuheffingen op grond van art. 48, §2, 17° van het Afvalstoffendecreet dat ingevolge de bedoelde transporten verschuldigd is [...] en neemt het totale bedrag van de bedoelde milieuheffingen op in de transportprijs van de offerte; [...] De aannemer verbindt zich ertoe om het Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde milieuheffingen niet correct zouden zijn betaald.

- De aannemer verbindt er zich toe om de bepalingen van de bergingsovereenkomst (zie bijlage aan dit bestek), die aan de bedoelde toelating is verbonden, integraal na te leven. Dit betekent onder meer dat hij zich ertoe verbindt om de vermelde betalingsovereenkomst met Havenbedrijf Rotterdam N.V. af te sluiten, alsook om de vermelde algemene acceptatie- en operationele leveringsvoorwaarden en het acceptatieprotocol na te leven. De kosten hiervoor worden in de prijs in de meetstaat begrepen. Hij verbindt er zich eveneens toe om het Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde bergingsovereenkomst met Havenbedrijf Rotterdam N.V. niet correct nageleefd wordt.

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

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

3.4. Op 24 juni 2014 dient het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen een kennisgevingsdocument voor grensoverschrijdende afvaloverbrenging in bij OVAM met het oog op het verkrijgen van een toelating voor transport van 414.000 ton baggerspecie naar De Slufter zodat de inschrijvers desgewenst gebruik kunnen maken van deze toelating zoals bepaald in het bestek. Bij deze kennisgeving wordt eveneens een “contract voor de overbrenging tussen EU-Lidstaten en voor invoer naar EU-Lidstaten” gevoegd alsook een “offerte” ondertekend door het Havenbedrijf Rotterdam op 8 mei 2014 en door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen alsook een attest van borgstelling van KBC Bank op naam van Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

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

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

- 1) Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv voor een bedrag van: 3.838.000 euro
 - 2) THV Verdieping H4H voor een bedrag van: 9.948.250 euro
 - 3) Aannemingsbedrijf Aertssen nv voor een bedrag van: 11.150.360 euro.
- Deze prijzen zijn btw niet inbegrepen.

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

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

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

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

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Verwante procedures

4.1. Op 5 september 2014 dienen de nv DEME Environmental Contractors, nv Envisan en nv Ghent Dredging een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging in bij de Raad van State tegen de beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 houdende toestemming voor de grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen zoals omschreven in kennisgeving BE001004023. Deze zaak is bij de Raad gekend onder het rolnummer G/A.213.598/VII-39.209. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en het Havenbedrijf Rotterdam zijn tussengekomen in die procedure. Bij arrest nr. 230.115 van 5 februari 2015 wordt deze vordering verworpen bij gebrek aan spoedeisendheid.

Eveneens op 5 september 2014 dienen dezelfde verzoekende partijen bij de Raad van State een beroep tot nietigverklaring in tegen deze beslissing van OVAM van 11 augustus 2014. Bij arrest nr. 238.222 van 18 mei 2017 wordt de beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 vernietigd.

In dit arrest overweegt de Raad:

“21. Artikel 4.1.2.1, § 2, van Vlarem II, in de op het geding toepasselijke versie, bepaalt dat ‘de naleving van de voorwaarden in dit besluit en/of de milieuvergunning wordt geacht overeen te stemmen met de verplichting uit § 1’. Met de verplichting uit paragraaf 1 van voormelde bepaling wordt de toepassing van de beste beschikbare technieken bedoeld. Luidens artikel 20, van het milieuvergunningsdecreet, in de op het geding toepasselijke versie, wordt bij de vaststelling van de sectorale milieuvoorwaarden ‘voor een geïntegreerde aanpak gezorgd en wordt een hoog niveau van bescherming van de mens en het leefmilieu gewaarborgd’ en worden die voorwaarden ‘op de beste beschikbare technieken gebaseerd’. Uiteraard kan artikel 4.1.2.1, § 2, van Vlarem II niet geschonden zijn doordat de

exploitatie van het buitenlandse depot de Slufter niet zou voldoen aan de in Vlarem II gestelde milieuvoorwaarden. Dit laat evenwel onverlet dat OVAM, als bevoegde autoriteit van verzending, krachtens artikel 11 EVOA het zelfvoorzieningsbeginsel in acht moet nemen en dat zij bij de beoordeling van een verzoek tot overbrenging van voor verwijdering bestemde afvalstoffen ertoe gehouden is de nationale milieureglementering correct toe te passen. [...]

22. De verwerende partij erkent in de bestreden beslissing dat de met TBT vervuilde baggerspecie ‘in principe op daartoe vergunde stortplaatsen in het Vlaamse Gewest’ kan worden gestort, waarmee zij impliciet aangeeft dat de kwestieuze baggerspecie kan voldoen aan de in Vlarem II gestelde aanvaardingscriteria en overige milieuvoorwaarden waarvan de naleving wordt geacht overeen te stemmen met de verplichting om de beste beschikbare technieken toe te passen. In zoverre de verwerende partij anderzijds wijst op de ‘grote hoeveelheid’ baggerspecie en het ‘criterium van zo weinig mogelijk logistieke stappen’, duidt zij geen bepaling van Vlarem II aan waaruit zou voortvloeien dat de na te leven sectorale milieuvoorwaarden variëren naargelang de orde van grootte van de te storten hoeveelheid baggerspecie en het daarvoor vereiste aantal logistieke stappen. Daargelaten de vraag of de bepaling van de door Vlarem I en Vlarem II omschreven zelfstandige verplichting tot toepassing van de beste beschikbare technieken door de exploitant van een hinderlijke inrichting onverkort transposeerbaar is op de rechtsverhoudingen van de bij het geding betrokken partijen, blijkt uit geen enkel gegeven van het administratief dossier dat de verwerende partij is overgegaan tot een daadwerkelijk onderzoek en nauwkeurige afweging van de in bijlage 18 bij Vlarem I opgesomde ‘Criteria voor de bepaling van de beste beschikbare technieken’ die luidens de tekst van die bijlage ‘speciaal in aanmerking [moeten] worden genomen’. Om voormelde redenen wordt vastgesteld dat de verwerende partij onjuist, minstens op onzorgvuldige wijze, invulling heeft gegeven aan de beste beschikbare technieken, zoals bedoeld in artikel 4.1.2.1 van Vlarem II.

Het middel is gegrond.”

4.2. Op 12 januari 2015 dienen de nv Ondernemingen Jan De Nul, de nv Ghent Dredging, de nv DEME Environmental Contractors en de nv Envisan een vordering tot nietigverklaring in tegen de beslissing van onbekende datum van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot goedkeuring en publicatie van het bestek B10246. Deze procedure is bij de Raad hangende en gekend onder het nummer G/A. 214.722/XII-7800.

Ook op 12 januari 2015 dient de nv Silvamo een verzoekschrift tot nietigverklaring in bij de Raad van State met betrekking tot “de beslissing van onbekende datum maar in ieder geval van uiterlijk 24 juni 2014 van het

‡CCCSNFFEI-BDCHJIV‡

Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot het goedkeuren van de bergings-overeenkomst en het sluiten van de bergingsovereenkomst met de Haven van Rotterdam, met het oog op het storten van de specie uit het Hansadok te Antwerpen in het depot De Slufter, waarvan verzoekende partij kennis heeft gekregen naar aanleiding van de publicatie van het Bestek nr. B10246 betreffende de openbare aanbesteding voor aanneming van werken”.

Deze zaak is bij de Raad hangend en gekend onder het rolnummer A. 214.705/XII-7799.

V. Ontvankelijkheid

5.0. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen twee excepties inzake de ontvankelijkheid op.

5.1.1. In de eerste plaats voeren de verwerende partij en de tussenkomende partij aan dat de derde en de vierde verzoekende partij geen rechtens aanvaardbaar belang kunnen laten gelden om de gunningsbeslissing aan te vechten.

5.1.2. In het auditoraatsverslag wordt, na een uitvoerige bespreking van deze exceptie, besloten tot de onontvankelijkheid van het beroep in hoofde van de derde en 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 de auditeur-verslaggever, niet over het vereiste belang.

5.1.3. 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 auditoraatsverslag

‡CCCSNFFEI-BDCHJIV‡

ten aanzien van die verzoekende partijen 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 ontleen 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; ten slotte, 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 11 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 vierde verzoekende partij.

5.2.1. In de tweede plaats werpen de verwerende partij en de tussenkomende partij op dat de verzoekende partijen, in de mate dat zij de nietigverklaring vorderen van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan hen te gunnen, niet aantonen welk bijkomend voordeel deze nietigverklaring hun zou opleveren dat niet gelijk te stellen valt met het voordeel dat volgt uit een eventuele nietigverklaring van de gunningsbeslissing.

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

5.2.3. In het auditorsverslag wordt vastgesteld dat opdat het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing ontvankelijk zou zijn, er dient te worden nagegaan of de verzoekende partijen een middel aanvoeren dat, gelet op alle gegevens waarmee in het kader van het beroep moet worden rekening gehouden, tot de uitzonderlijke vaststelling leidt dat de verwerende partij geen andere keuze meer had dan de opdracht aan de verzoekende partijen te gunnen. De ontvankelijkheid van het beroep, zo wordt in het verslag besloten, hangt in die mate samen met de grond van de zaak.

De Raad van State valt de conclusie in het auditorsverslag bij en stelt vast dat de exceptie samenhangt met de grond van de zaak.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1.1. De verzoekende partijen voeren de schending aan van:

“van artikel 11, lid 1, a) en h) van Verordening (EG) nr. 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen (‘de EVOA-Verordening’), van artikel 3, 2°, artikel 4, lid 1, e), artikel 4, lid 2, 1ste paragraaf en artikel 16 van Richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen (hierna: ‘Kaderrichtlijn Afval’), van artikel 3, 13°, artikel 4, §3, e), artikel 8 en artikel 25, 3°, a) van het decreet van 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen (‘Materialen-decreet’), van artikel 4.1.3. van het Besluit van de Vlaamse Regering tot vaststelling van het Vlaams Reglement betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen (‘Vlarema’), van artikel 4.1.2.1, §2 van het Besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne (‘VLAREM II’), van het ‘BBT-beginsel’ opgenomen in artikel 30bis, §5 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 6 februari 1991 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning (‘Vlarem I’), alsook in artikel 9, lid 4 van Richtlijn 2008/1/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 januari 2008 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging (IPPC-Richtlijn) en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering der bestuurs-handelingen en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer

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

Doordat, de verwerende partij ten onrechte toepassing maakt van een onwettige beslissing van de OVAM dd. 11 augustus 2014 (waarvan de vernietiging wordt verzocht door (onder meer) Derde en Vierde verzoekende partijen bij verzoekschrift tot schorsing en vernietiging d.d. 5 september 2014, procedure op heden hangende bij uw Raad) teneinde aan de inschrijvers toe te laten toepassing te maken van een uitvoeringsmethode waarbij de baggerspecie wordt getransporteerd en gedeponeed, tegen dumpingprijzen, in het depot De Slufter in Rotterdam;

Terwijl, eerste onderdeel, de onwettige beslissing van de OVAM verwijst naar de Eural-code voor gevaarlijke afvalstoffen (Eural-code 17 05 05*) door de enkele verwijzing naar de zogenaamde VITO-studie, terwijl de kwalificatie feitelijk en juridisch onjuist is;

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

En terwijl, derde onderdeel, de onwettige beslissing van de OVAM de voorrang geeft aan verwijdering boven nuttige toepassing, op basis van een (vermeend hoge) reinigingskost;

En terwijl, vierde onderdeel, de onwettige beslissing van de OVAM voorbij gaat aan het niet 'IPPC'-proof zijn van de exploitatie en inzake de al dan niet toepassing van de best beschikbare technieken (BBT) in het depot De Slufter;

Zodat verwerende partij geen beroep kan doen op de onwettige beslissing van de OVAM om de transporten van de baggerspecie naar het depot De Slufter te faciliteren en de uitvoeringsmethode waarbij baggerspecie wordt getransporteerd naar De Slufter in Rotterdam op basis van de onwettige beslissing van de OVAM derhalve door geen enkele inschrijver kan worden vooropgesteld en gehanteerd, en deze onwettige toelating op basis van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten.”

De verzoekende partijen klagen in essentie aan dat de opdracht wordt gegund aan een inschrijver, die toepassing zal maken van het depot De Slufter, terwijl de uitvoeringsmethode waarbij baggerspecie wordt getransporteerd naar De Slufter in Rotterdam door geen enkele inschrijver mag worden vooropgesteld en gehanteerd, aangezien de toelating van OVAM voor deze transporten onwettig is.

Vervolgens zetten de verzoekende partijen in vier onderdelen van hun middel uiteen waarom de toelating van OVAM van 11 augustus 2014 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 11 augustus 2014 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 11 augustus 2014 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.

6.1.2. In haar memorie van antwoord voert de verwerende partij een exceptie *obscuri libelli* aan; het middel voert de schending aan van tal van bepalingen en is warrig opgesteld. De verwerende partij dient het middel te reconstrueren en beter te maken dan het is, om een nuttig verweer te kunnen voeren. Voorts voert de verwerende partij in essentie aan dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij hun middel omdat het niet gericht is tegen de bestreden gunningsbeslissing maar wel tegen de beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 waarbij toelating wordt verleend voor grensoverschrijdend transport; de verzoekende partijen mogen zich ter ondersteuning van hun belang

niet beroepen op de theorie van de complexe rechtshandeling aangezien de beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 niet kadert in de keten van beslissingen die eigen zijn aan de gunningsprocedure gevoerd door het Gemeentelijk Havenbedrijf. Vervolgens voert de verwerende partij verweer bij de verschillende onderdelen van het middel.

6.1.3. De tussenkomende partij wijst er op dat artikel 159 van de Grondwet niet van toepassing is op administratieve overheden zodat de verwerende partij niet kan worden verweten dat zij in de gunningsbeslissing heeft verwezen naar de beslissing van OVAM van 11 augustus 2014. Daarnaast stelt de tussenkomende partij dat de beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 definitief is geworden ten aanzien van de eerste en de tweede verzoekende partijen, aangezien zij de beslissing niet hebben bestreden. Zij zouden dan ook de onwettigheid van deze beslissing niet meer kunnen invoeren. Voorts vallen zij de verwerende partij bij dat de beslissing van OVAM slechts een faciliterende beslissing is maar geenszins een voorbereidende beslissing ten aanzien van de bestreden gunningsbeslissing. Daarnaast voeren zij verweer bij de verschillende onderdelen van het middel.

6.1.4. In hun memorie van wederantwoord herhalen de verzoekende partijen dat de beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 als een voorbeslissing deel uitmaakt van de complexe rechtshandeling die geleid heeft tot de bestreden gunningsbeslissing. Zij wijzen er voorts op dat de Raad inmiddels de gelijkaardige beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 die betrekking heeft op dezelfde baggerspecie heeft vernietigd bij arrest van 29 oktober 2015, nr. 232.753.

6.1.5. In haar laatste memorie betwist de verwerende partij de conclusie in het auditoraatsverslag dat de vernietiging door de Raad van State van de OVAM-toelating van 11 augustus 2014 moet leiden tot de vaststelling dat de bestreden gunningsbeslissing berust op onbestaande of onjuiste motieven.

Weliswaar ontberen latere beslissingen die worden genomen op grond van een vernietigde administratieve beslissing, een administratieve grondslag, doch te dezen maakt de OVAM-toelating niet de rechtsgrond uit van de

bestreden gunningsbeslissing. “Het is niet omdat de OVAM-toelating in de beoordeling werd betrokken dat de gunningsbeslissing *ipso facto* onwettige motieven bevat, laat staan dat dit impliceert dat de opdracht enkel aan de THV Verdieping H4H kon worden gegund.” Op het ogenblik van het nemen van de bestreden gunningsbeslissing mocht de verwerende partij uitgaan van de wettigheid van de OVAM-toelating en mocht zij geen toepassing maken van artikel 159 van de Grondwet.

6.1.6. De tussenkomende partij benadrukt in haar laatste memorie dat de doelstelling van de materiële motiveringsplicht moet worden bekeken op het ogenblik van de bestreden beslissing. Het vervallen van motieven na het nemen van de bestreden beslissing sluit een schending van deze plicht uit. Hierbij komt dat artikel 159 van de Grondwet niet van toepassing is op administratieve overheden. Bij een belangenafweging tussen het rechtszekerheidsbeginsel – de bestuurde mag vertrouwen op de toestand die door een bestuurlijke beslissing, zoals een exportvergunning en een gunningsbeslissing – en het wettigheidsbeginsel – beslissingen mogen niet worden gerespecteerd voor zover zij niet in overeenstemming zijn met hogere rechtsnormen – dient hier het rechtszekerheidsbeginsel de bovenhand te hebben, “des te meer [...] het voor de overheid niet toegelaten was om de onwettige bestuurshandeling buiten toepassing te laten”.

Voorts merkt de tussenkomende partij op dat er geen doorwerking is van de OVAM-beslissing naar de bestreden beslissing. De aannemer mocht, zo hij dit wenste, gebruik maken van de OVAM-toelating. De uitvoer is “gefaciliteerd” door de beslissing van OVAM, maar is daarmee niet onherroepelijk verbonden. Dit betekent aldus de tussenkomende partij dat “[d]e beslissing [...] er rekening mee [houdt] dat de derde tussenkomende partij van de mogelijkheid van afvoer naar de Slufter gebruikmaakt, zonder evenwel te zijn gesteund op het gegeven dat de derde tussenkomende partij van de betrokken vergunning gebruikmaakt”. Te dezen is dan ook geen sprake van de toepassing van de theorie van de complexe administratieve rechtshandeling; de bestreden beslissing laat het volledig aan de keuzevrijheid van de aannemer om de inrichting te kiezen waar de baggerspecie zal worden ondergebracht zoals het ook aan de aannemer is die de nodige vergunningen moet aanvragen en ze bij zijn offerte moet voegen. De

OVAM-beslissing is dus al zeker, zo vervolgt de tussenkomen de partij, geen noodzakelijke beslissing voor de totstandkoming van de gunningsbeslissing.

6.1.7. De verzoekende partijen beklemtonen in hun laatste memorie onder meer dat uit het arrest nr. 238.222 waarbij de Raad van State de uitvoer-toelating van OVAM vernietigt, voortvloeit dat de baggerspecie in geen geval naar de Slufter “kon en mocht worden gebracht en ook nooit (meer) zal kunnen worden gebracht”. “Eén en ander heeft dan ook tot gevolg dat verwerende partij niet anders kon dan de Opdracht gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver die geen beroep deed op De Slufter, zijnde eerste en tweede verzoekende partijen.” Voorts stellen zij dat er te dezen ook geen concrete elementen zijn die erop wijzen dat de verwerende partij de procedure rechtsgeldig zou kunnen stopzetten.

Beoordeling

6.2.1. De exceptie *obscuri libelli* wordt niet aanvaard. Het middel is voldoende duidelijk aangebracht opdat de verwerende partij zich pertinent zou kunnen verweren, hetgeen zij overigens heeft gedaan.

6.2.2. Het middel is niet alleen gericht tegen de beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 tot toelating van grensoverschrijdend transport voor afvalstoffen; de verzoekende partijen geven in hun middel immers uitdrukkelijk aan dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden gunningsbeslissing toepassing heeft gemaakt van een onwettige OVAM-toelating waardoor de gunningsbeslissing zelf onwettig is.

6.2.3. 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 om daarbij gebruik te maken van de voormelde toelating van OVAM. 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.

Er kan immers niet worden ontkend dat, zoals de aanbestedende overheid in de bestreden beslissing ook aangeeft, het voor de tussenkomen partij precies mogelijk was een zeer concurrentiële offerte – meer dan de helft goedkoper – in te dienen door gebruik te maken van de betreffende toelating van OVAM. De aanbestedende overheid overweegt in dat verband in de bestreden gunningsbeslissing: “Het was de aangehouden overtuiging van het GHA 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 partijen, die een offerte indienden voor de voorliggende opdracht, dan ook des te meer belang bij een middel waarin wordt aangevoerd dat de gekozen inschrijver ten onrechte beroep deed op een veel goedkopere uitvoeringsmogelijkheid voor de opdracht.

Het besluit is dat de verzoekende partijen een afdoende belang hebben bij het middel.

6.2.4. 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 het bestuur de gegevens die in rechte en in feite juist zijn, correct en zorgvuldig beoordelen en op grond van deze gegevens binnen de perken van de 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.

6.2.5. In de bestreden gunningsbeslissing verwijst de aanbestedende overheid uitdrukkelijk naar de beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 tot toelating van grensoverschrijdend transport van afvalstoffen.

In de bestreden gunningsbeslissing wordt onder meer vermeld:

“Voor de afvoer en de verwerking van de gebaggerde specie kan de aannemer desgewenst gebruik maken van de toelating voor grensover-

schrijdende overbrenging voor verwijdering in depot ‘De Slufter’ te Rotterdam (Nederland) onder EVOA-kennisgeving BE001004023 voor een hoeveelheid van 207.000 ton vervuilde baggerspecie, geldig voor 115 transporten over een periode van 1 oktober 2014 tot en met 30 september 2015 (beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 en beslissing van ILT-EVOA van 15 augustus 2014 – zie bijlage 1-A en 1-B aan dit bestek). De voormelde toelating werd toegevoegd aan het bestek 10246.

Op basis van opgedane ervaring in het verleden en marktkennis, was het GHA overtuigd dat een interessante prijszetting mogelijk was door pistes ‘afvoer naar buitenland’ te concretiseren. De rol van het GHA op dat vlak is louter faciliterend, waarbij het GHA het nodige gedaan heeft om de administratieve voorbereidingsprocedures te doorlopen opdat verwerking in het buitenland zou kunnen binnen de uitgeschreven overheidsopdracht.

[...]

Ook de 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 de vergunning.

[...].

Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv maakt als enige gebruik van de mogelijkheid om de gebaggerde baggerspecie in de deponie De Slufter, te Rotterdam, te bergen. Het was de aangehouden overtuiging van het GHA dat door het toelaten van deze mogelijkheid een interessante prijszetting mogelijk was. Deze prijszetting herbevestigt de gunstige prijszetting zoals bekomen met een gelijkaardige aanbesteding (B10133 – Verdiepings-baggerwerken Antwerpse dokkencomplex Rechteroever 4de Havendok) die eerder werd gegund aan Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf bv, Oosterhout NL en naar tevredenheid van het GHA werd uitgevoerd. Het prijsverschil houdt deels ook verband met het gekozen procédé [...].”

6.2.6. Uit het voorgaande blijkt dat de aanbestedende overheid bij het beoordelen van de offerte van de gekozen inschrijver en het nemen van de bestreden gunningsbeslissing, zijn gebruik van de mogelijkheid om de gebaggerde baggerspecie in de deponie De Slufter, te Rotterdam, te bergen – die steunend op de toelating van OVAM van 11 augustus 2014 voor grensoverschrijdend transport – essentieel in haar beoordeling heeft betrokken. In de bestreden beslissing wordt immers uitdrukkelijk vermeld dat “de tot op heden niet-gestaafde beweringen inzake de beweerdde onwettigheid van de OVAM vergunningen [kunnen] niet gevolgd worden.” En “[...] Er is dus uit te gaan van de wettigheid en uitvoerbaarheid van deze vergunning.”

Voorts kan niet worden ontkend dat, zoals de aanbestedende overheid in de bestreden beslissing ook aangeeft, het voor de tussenkomende partij precies ook mogelijk was een zeer concurrentiële offerte in te dienen door gebruik te maken van de betrokken toelating van OVAM. De aanbestedende overheid overweegt in dat verband in de bestreden gunningsbeslissing: “Het was de aangehouden overtuiging van het GHA dat door het toelaten van deze mogelijkheid een interessante prijszetting mogelijk was.” De aanbestedende overheid bevestigt de onmiddellijke impact van het gebruik van de toelating van OVAM op de offerteprijs van bv Martens en Van Oord. Aangezien de voormelde opdracht werd gegund bij aanbesteding, waarbij de prijs het enige gunningscriterium vormt, heeft het gebruik van de toelating van OVAM dan ook een wezenlijke impact gehad op de bestreden gunningsbeslissing.

6.2.7. Bij arrest van de Raad van State nr. 238.222 van 18 mei 2017 werd de voormelde beslissing van OVAM van 11 augustus 2014 tot het verlenen van toelating voor grensoverschrijdend transport ingevolge kennisgeving BE001004023 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 en bepalend 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 argumentatie van de tussenkomende partij, dat de aanbestedende overheid als administratieve overheid waarop artikel 159 van de Grondwet niet van toepassing is, niet kan worden verweten dat zij verwezen heeft naar de bewuste beslissing van OVAM, staat er niet aan in de weg dat de vernietiging van de toelating van OVAM bij arrest nr. 238.222 van 18 mei 2017, zoals reeds opgemerkt, retroactief werkt en ook de wettigheid aantast van de intussen genomen navolgende beslissingen in de mate dat deze op die vernietigde beslissing zijn gesteund.

6.2.8. Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

6.2.9. 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 zeer 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.

6.2.10. Dergelijke uitzonderlijke omstandigheden worden hier niet aangetoond.

Met het gegrond bevinden van het eerste middel staat immers niet vast dat het aan de tussenkomende partij verstrekte voordeel hoe dan ook aan de verzoekende partijen 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. Te dezen wordt echter enkel vastgesteld dat de bestreden beslissing tot gunning aan de tussenkomende partij niet steunt op draagkrachtige motieven door de nietigverklaring van de OVAM-toelating waarop die beslissing mede steunt.

Zelfs al zou uit het arrest nr. 238.222, waarbij de Raad van State de OVAM-toelating van 11 augustus 2014 heeft vernietigd, mogen worden afgeleid dat de baggerspecie in geen enkel geval mocht worden gestort in De Slufter – conclusie die alvast niet uitdrukkelijk in dit arrest lijkt opgenomen – dan nog is het niet evident aan te nemen dat, gelet op de essentiële draagwijdte van de besteksbeplanning waarbij de mogelijkheid wordt geopend te storten in De Slufter,

‡CCCSNFFEI-BDCHJIV‡

de verwerende partij niet anders mocht dan geen rekening meer te houden met de tussenkomende partij. De offerte van die inschrijver is immers niet onregelmatig wegens een tekortkoming die hem aan te rekenen valt zodat, onder meer vanuit het oogpunt van de gelijkheid, de verwerende partij eventueel deze inschrijver een nieuwe kans kon bieden in te schrijven zonder de mogelijkheid van de uitvoer naar De Slufter. Besluit is dan ook dat er hier niet die uitzonderlijke omstandigheden zijn die tot de onbetwistbare conclusie moeten leiden dat aan de verzoekende partijen de opdracht moest worden gegund.

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

6.2.11. Zoals in het auditorsverslag opgemerkt en door de verzoekende partijen niet wordt weersproken, geven het tweede, derde en vierde middel geen aanleiding tot een ruimere nietigverklaring zodat ze evenmin kunnen leiden tot een nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing.

6.2.12. Ten slotte, in de mate dat de verzoekende partijen in hun verzoekschrift om de opheffing van de vertrouwelijkheid van de als dusdanig neergelegde stukken in het administratief dossier verzoeken, voorstellen om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen en verzoeken een deskundige aan te stellen, stelt de Raad van State vast dat zij in hun laatste memorie deze verzoeken afhankelijk stellen van het niet gegrond bevinden van het eerste middel. Er is dan ook hiervoor geen aanleiding tot nader onderzoek, nu dat middel is gegrond.

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 2 februari 2015 van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot gunning van de opdracht “Baggerproject Antwerpse Scheepswerf (Hansadok)” op basis van het bestek B10133 aan de bv Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf.

‡CCCSNFFEI-BDCHJIV‡

3. De Raad van State verwierpt het beroep voor het overige.

4. De verwerende partij wordt voor twee vierden en de derde en vierde de verzoekende partij elk voor een vierde verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 800 euro.

Het door de tussenkomende partij ten onrechte gekweten rolrecht van 150 euro dient haar te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 februari 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest