

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 241.505 van 17 mei 2018
in de zaak A. 214.705/XII-7799**

In zake: de NV SILVAMO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens en Annelies Verlinden
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

Tussenkomen partij :

de NV HAVENBEDRIJF ROTTERDAM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Hofströssler en Hans Plancke
kantoor houdende te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 januari 2015, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van onbekende datum, maar in ieder geval van uiterlijk 24 juni 2014, van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot het goedkeuren van de Bergingsovereenkomst 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

‡BHFSJEICJ-BDDHADV‡

partij kennis heeft gekregen naar aanleiding van de publicatie van het Bestek nr. B10246 betreffende de openbare aanbesteding voor aanneming van werken”.

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 partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 30 maart 2015. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 maart 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Evelien De Raeymaecker en Annelies Verlinden, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Rozanne Vander Hulst, die *loco* advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Sietse Wils, die *loco* advocaten Patrick Hofströssler en Hans Plancke verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een 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.

Overeenkomstig de meetstaat, die bij het bestek werd gevoegd, betreffen de werkzaamheden het baggeren van 115.000 m³ verontreinigde baggerspecie, wat ongeveer 207.000 ton baggerspecie is.

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 bagger-

specie. 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 bergings-overeenkomst (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 kunnen gebruikmaken 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 op 24 juni 2014 alsook een attest van bancaire borgstelling op naam van het 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. 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-Verdiepingsbaggerwerken 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.”

3.7. Naar aanleiding van een gelijkaardige procedure tussen de partijen met betrekking tot het Vierde Havendok (bestek B10133) beëindigt de verwerende partij de in deze zaak relevante bergingsovereenkomst van 24 juni 2014 voor de baggerspecie uit het Hansadok (bestek B10246) op 27 april 2015.

In die gelijkaardige procedure beval het hof van beroep te Antwerpen bij arrest van 9 april 2015 de onverbindendverklaring van een vorige bergingsovereenkomst (bestaande uit het EVOA-contract samen met de ondertekende offerte). Het cassatieberoep tegen dit arrest werd op 28 april 2017 afgewezen.

3.8. Bij vonnis van 9 juni 2015 oordeelt de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen dat de hier in het geding zijnde bergingsovereenkomst, bestaande uit het EVOA-contract en de ondertekende offerte, één geheel uitmaakt en onlosmakelijk verbonden is met de opdracht en aldus bij gebreke aan naleving

van de overheidsreglementering de bergingsovereenkomst onwettig is. De rechtbank spreekt de onverbindendverklaring uit van de bergingsovereenkomst voor 287.500 ton baggerspecie naar “De Slufter” zoals gesloten tussen de verwerende partij en de tussenkomen partij op 24 juni 2014.

De verwerende partij stelt hoger beroep in tegen dat vonnis op 10 juli 2015. Die procedure is nog hangende.

IV. Verwante procedures

4.1. Op 5 september 2014 dienen de nv Deme Environmental Contractors, de nv Envisan en de nv Ghent Dredging een beroep tot nietigverklaring en 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. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en de nv Havenbedrijf Rotterdam zijn tussengekomen in die procedure. Bij arrest nr. 230.115 van 5 februari 2015 wordt de vordering tot schorsing verworpen bij gebrek aan spoedeisendheid. 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 en de nv Ghent Dredging, samen vormend een thv, de nv Deme Environmental Contractors en de nv Envisan een beroep 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 bekend onder het nummer A. 214.722/XII-7800.

4.3. Op 7 april 2015 dienen de nv Ondernemingen Jan De Nul en de nv Ghent Dredging, samen vormend de thv Verdieping H4H, de nv Deme Environmental Contractors en de nv Envisan, een beroep tot nietigverklaring in van “de beslissing van 2 februari 2015 van het Gemeentelijk Havenbedrijf

Antwerpen [...] tot gunning van de opdracht ‘Baggerproject Antwerpse Scheepswerf (Hansadok)’ op grond van het Bestek B10246, aan inschrijver Martens & Van Oord en derhalve niet aan de THV Verdieping H4H’.

Bij arrest nr. 240.797 van 22 februari 2018 vernietigt de Raad van State de voormelde beslissing. In de bestreden gunningsbeslissing werd bij de beoordeling van de offertes immers uitdrukkelijk rekening gehouden met het bestaan van de voormelde door de Raad van State vernietigde OVAM-toelating van 11 augustus 2014 en werd een offerte gekozen die een uitvoeringsmethode aanwendt waarbij een beroep wordt gedaan op deze toelating.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord de onontvankelijkheid op van het beroep omdat de verzoekende partij niet zou beschikken over een vergunning voor het verwerken en/of het opnemen van niet-steekvaste baggerspecie, dat zij geen evenwaardig alternatief vormt voor “De Slufter” en dat zij onterecht beweert geen kans te maken om deel te nemen aan de overheidsopdracht.

5.2. De tussenkomenende partij werpt in haar memorie een exceptie van onontvankelijkheid op aangezien de verzoekende partij “na de beëindiging van de Bergingsovereenkomst, geen belang meer heeft bij [haar] beroep tot nietigverklaring van de beslissing tot het sluiten van de Bergingsovereenkomst”. “De vernietiging van de bestreden beslissing, met name de goedkeuring van deze Bergingsovereenkomst, verschaft de verzoekende partij dan ook geen enkel voordeel meer”.

5.3.1. In het auditorsverslag wordt een ambtshalve exceptie opgeworpen, namelijk dat de verzoekende partij geen belang meer heeft bij haar beroep, nu zij, “[g]elet op de [...] onverbindendverklaring van de bergingsovereenkomsten en beëindiging van de bergingsovereenkomst”, reeds het voordeel heeft verkregen dat zij nastreeft. In dit verslag wordt voorts opgemerkt

dat “[e]en eventuele vernietiging door de Raad van State van de beslissing tot goedkeuring en sluiten van diezelfde bergingsovereenkomst(en)” de verzoekende partij “geen bijkomend, geen ander direct voordeel oplever[t] dan datgene dat zij reeds bekomen heeft met het voormelde. Ook het moreel belang dat door de Raad van State toebedeeld wordt aan een verzoekster bij het bestrijden van een rechtshandeling zoals onderhavige, is reeds ingevuld, reeds voldaan door het voormelde. *In casu* aan verzoekster nog een voldoende belang bij haar beroep toekennen, zou louter platonisch en dubbel gebruik zijn”.

5.3.2. De verzoekende partij betwist de bevindingen uit het auditoraatsverslag in haar laatste memorie en betoogt dat zij wel nog een belang heeft bij het ingediende beroep tot nietigverklaring.

Zij benadrukt daartoe in de eerste plaats dat de bestreden beslissing een afsplitsbare rechtshandeling is. Niettegenstaande geschillen omtrent de uitvoering, interpretatie, beëindiging en ontbinding van reeds gesloten overeenkomsten door de justitiële rechter moeten worden beslecht, blijft volgens haar de Raad van State bevoegd om de eenzijdige rechtshandelingen die aan de overeenkomst voorafgaan en gerelateerd zijn aan de totstandkoming van de overeenkomst, te beoordelen. Met verwijzing naar rechtspraak van de Raad van State argumenteert de verzoekende partij dan ook dat haar belang bij de nietigverklaring van de beslissing tot het goedkeuren van de bergingsovereenkomst en het sluiten van de bergingsovereenkomst principieel los moet worden beoordeeld van de overeenkomst die gevolgd is op het nemen van de beslissing, en dit ongeacht de uitkomst van de burgerrechtelijke procedure en ongeacht het feit dat de bergingsovereenkomst intussen vrijwillig beëindigd is. Zij benadrukt hierbij dat *in casu* het vonnis van de burgerlijke rechter thans nog geen kracht van gewijsde heeft.

De verzoekende partij meent dat zij naar analogie met de bedoelde rechtspraak – waaruit het belang van een verzoekende partij blijkt bij een beroep tot nietigverklaring van de afsplitsbare rechtshandeling wanneer een

overeenkomst reeds is uitgevoerd – ook nog een belang heeft wanneer de overeenkomst onverbindend werd verklaard en beëindigd. De verzoekende partij wijst er in dat verband op dat de overeenkomst van 24 juni 2014 reeds beëindigd werd op 27 april 2015 en aldus vóór het vonnis van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg van 9 juni 2015 en dit de voorzitter niet heeft belet uitspraak te doen over de vordering tot onverbindendverklaring van de bergingsovereenkomst. Bovendien, zo vervolgt zij, is nog een hoger beroep hangende bij het hof van beroep zodat de onverbindendverklaring uitgesproken door de burgerlijke rechter op heden aldus geenszins reeds als definitief kan worden beschouwd.

Ten tweede wijst de verzoekende partij erop dat zij bovendien een bijkomend belang bij haar beroep heeft, aangezien de bergingsovereenkomst enkel onverbindend werd verklaard met betrekking tot de nog uit te voeren verbintenissen – en dus enkel voor de toekomst, niet retroactief – en deze uitspraak enkel tussen partijen geldt. De finaliteit van het vernietigingscontentieux bij de Raad van State bestaat er evenwel in onwettige rechtshandelingen met terugwerkende kracht uit de rechtsorde weg te nemen, tot op het ogenblik van het nemen van de onwettige beslissing. Een arrest van de Raad van State geldt bovendien ook *erga omnes*. Bijgevolg zal een vernietiging in het kader van deze procedure, ook betrekking hebben op de periode tussen het nemen van de beslissing en de onverbindendverklaring van de bergingsovereenkomst.

Ten derde verwijst de verzoekende partij naar artikel 17 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 17 juni 2013), dat bepaalt dat de vordering tot onverbindendverklaring van de opdracht samen met de in artikel 14 bedoelde vordering tot nietigverklaring of afzonderlijk mag worden ingediend. De voormelde wet zelf bepaalt aldus dat de vordering tot onverbindendverklaring mag worden gecombineerd met de vordering tot nietigverklaring.

Ten slotte betoogt zij nog, met verwijzing naar de memorie van toelichting bij de invoeging van artikel 65/14 in de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, dat het begrip belang in het kader van overheidsopdrachten in ieder geval voldoende ruim dient te worden geïnterpreteerd. Zij dient te worden beschouwd als een “persoon die een belang heeft of heeft gehad bij het bekomen van een bepaalde opdracht en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld”. De bestreden beslissing heeft namelijk tot gevolg dat ten onrechte, zonder het voeren van een gunningsprocedure, de tussenkomen partij de kans heeft gekregen – in tegenstelling tot de verzoekende partij – om een aanbod te formuleren en de overeenkomst te verkrijgen.

5.4. De verwerende partij beklaagt zich van haar kant in haar laatste memorie over de huidige situatie waarbij zich tegenstrijdige en onverenigbare zienswijzen of uitspraken manifesteren. Enerzijds hebben de gewone rechtbanken geoordeeld dat het faciliteren van de mogelijkheid tot verwerking van baggerspecie in het buitenland met het sluiten van een bergingsovereenkomst en een EVOA-contract aan te merken is als een overheidsopdracht, anderzijds werd in de diverse schorsingsprocedures bij de Raad van State tweemaal mondeling advies uitgebracht door de auditeur in de zin dat de bergingsovereenkomst en de EVOA-overeenkomst geen overheidsopdracht uitmaken. Deze adviezen hebben geleid tot de arresten met nr. 230.581 en nr. 225.728 waarbij de vorderingen tot schorsing van de gunningsbeslissingen in het kader van de verwijdering van baggerspecie voor het “Baggerproject Antwerpse scheepswerf (Hansadok)” worden verworpen.

De verwerende partij dringt dan ook aan op een oordeel ten gronde van de Raad van State omtrent de vraag of de bergingsovereenkomst en de EVOA-overeenkomst kwalificeren als een overheidsopdracht, wat volgens haar niet het geval is.

5.5. De tussenkomende partij valt in haar laatste memorie de ambtshalve opgeworpen exceptie van de auditeur bij. Zij stelt vast dat “het door verzoekende partij beoogde voordeel – dat erin bestaat mee te dingen naar het ter beschikking stellen van haar deponie voor de berging van de baggerspecie – reeds is verkregen. Ook het moreel belang om de schending van het overheids-opdrachtenrecht te doen vaststellen, is reeds ingevuld”.

Zij meent meer bepaald dat de verzoekende partij “[d]oor de onverbindendverklaring (met terugwerkende kracht) door de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg en de beëindiging van de Bergingsovereenkomst door de verwerende partij en het Havenbedrijf Rotterdam [...] verzoekende partij geen enkel nadeel [ondervindt] ingevolge de bestreden beslissing, zoals nochtans vereist is. De Bergingsovereenkomst waarop de bestreden beslissing betrekking had bestaat immers niet meer, en aannemer Martens & Van Oord heeft rechtstreeks een nieuwe bergingsovereenkomst met het Havenbedrijf Rotterdam gesloten”.

Dat een vordering tot onverbindendverklaring met een beroep tot nietigverklaring kan worden gecombineerd en dat een vernietiging een erga-omnesgelding heeft en betrekking zou hebben op de periode waarin de bergingsovereenkomst werd uitgevoerd, doet daar volgens haar geen afbreuk aan. De tussenkomende partij benadrukt dat het belang niet louter kan bestaan uit het verkrijgen van een arrest waarin *erga omnes* de onwettigheid van een bestuurshandeling wordt vastgesteld.

Wat de rechtspraak van de Raad van State betreft waarnaar de verzoekende partij verwijst, merkt de tussenkomende partij ten slotte op dat ze moet worden geplaatst in een feitelijke context die fundamenteel verschillend is van deze in de voorliggende zaak. Er kan dan ook niet naar analogie worden geredeneerd. In de geciteerde arresten was er geen sprake van overeenkomsten die uiteindelijk werden beëindigd en onverbindend verklaard. Te dezen is het

belang van de verzoekende partij dan ook niet theoretisch of indirect, maar reeds ingewilligd en dus dubbel.

Beoordeling

6.1. Ter terechtzitting doet de verwerende partij afstand van haar excepties zoals aangevoerd in haar memorie van antwoord en niet in het auditorsverslag behandeld.

6.2. Wat de exceptie van onontvankelijkheid betreft, aangevoerd door de tussenkomende partij, wordt deze onbesproken gelaten in het auditorsverslag.

6.3. In het auditorsverslag wordt ambtshalve besloten tot de onontvankelijkheid van het beroep wegens gebrek aan belang; de tussengekomen onverbindendverklaring, uitgesproken door de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen met toepassing van artikel 17 van de wet van 17 juni 2013 zou impliceren dat de verzoekende partij op elk vlak genoegdoening heeft gekregen.

De verzoekende partij betwist deze conclusie onder meer door erop te wijzen dat het tussengekomen vonnis geen kracht van gewijsde heeft en dat de rechtspraak van de Raad van State inzake overheidsopdrachten en bepaalde bepalingen uit de voormelde wet van 17 juni 2013 haar belang aantonen en gaat er daarbij van uit dat de gunning van de bergingsovereenkomst de gunning van een overheidsopdracht is.

Ook de tussenkomende partij beroept zich op de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten maar dan om het belang van de verzoekende partij volledig gerealiseerd te achten door het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg dat de schending van bepalingen inzake de overheidsopdrachten vaststelt.

Voorts mocht de rechtbank van eerste aanleg de bergings-overeenkomst slechts onverbindend verklaren in de mate dat zij had vastgesteld dat deze overeenkomst een overheidsopdracht is die slechts mag worden gegund na een gunningsprocedure.

De Raad van State meent dat het in deze omstandigheden passend is voor de beoordeling van het belang en met het oog op een volledige voorlichting dat de toepasselijkheid van de regelgeving inzake overheidsopdrachten te dezen wordt onderzocht, te meer omdat het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg geen kracht van gewijsde heeft.

Het auditoraatsverslag laat deze problematiek onverlet.

6.4. Aldus is de zaak niet in staat en dient het debat te worden heropend.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt gelast met het verdere onderzoek van de zaak.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 mei 2018,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest