RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 241.508 van 17 mei 2018
in de zaak A. 213.313/XII-7727

In zake: 1. de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL
2. de NV DREDGING INTERNATIONAL
samen vormend een thv
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 VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Jan Bouckaert en Nathanaëlle Kiekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 augustus 2014, strekt tot de nietigverklaring van een tekstfragment van het bestek met nr. 16EF/2013/14 betreffende de open aanbesteding voor aanneming van werken "Baggerwerken en verwerken van baggerspecie ter hoogte van het Hansadok te Antwerpen – Rechteroever", zoals gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 5 juni 2014 – de "eerste bestreden beslissing" – en van de tweede versie van hetzelfde bestek, zoals gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 juni 2014 –

de “tweede bestreden beslissing”. Eveneens wordt de nietigverklaring van de beslissing tot aanvulling van dit tekstfragment met het Terechtwijzend bericht nr. 1 – de “derde bestreden beslissing” – gevorderd.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende 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 partijen, en advocaat Rozanne Vander Hulst, die *loco* advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een met dit arrest, behalve wat de kosten betreft, eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de realisatie van baggerwerken en het verwerken van baggerspecie ter hoogte van het Hansadok te Antwerpen – Rechteroever. Deze overheidsopdracht betreft *in concreto* een baggeropdracht voor de uitvoering van verdiepingsbaggerwerken voor ongeveer 165.000 m^3.

De opdracht wordt gegund met een open aanbesteding en wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 5 juni 2014 en in het Europees Publicatieblad op 7 juni 2014.

Op deze opdracht is het bestek nr. 16EF/2013/14 van toepassing.

Met een "kennisgeving van aanvullende informatie, informatie over een onvolledige procedure of rectificatie" in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 juni 2014 worden nieuwe aanbestedingsdocumenten ter kennis gebracht, waaronder een nieuwe versie van het bestek.

Het bestek vermeldt op bladzijde 6 over het voorwerp van de overheidsopdracht het volgende:

> "De baggerwerken dienen in de eerste plaats gericht te worden op het realiseren van de bodempeilen. Er dient zorg voor gedragen te worden dat het opgelegd bodempeil op een gelijkmatige manier gerealiseerd wordt. De aannemer dient hiervoor het nodige materieel in te zetten tijdens de baggerwerken.
> De opdracht omvat baggerwerkzaamheden van verontreinigde baggerspecie. De baggerspecie dient milieuvriendelijk gebaggerd en verwijderd te worden.
> De gebaggerde specie wordt eigendom van de aannemer. De aannemer neemt de nodige maatregelen om de specie af te voeren en bergen in de bergingsinrichting 'slufter' genaamd, gelegen aan de Rotterdamse Maasvlakte in Nederland. Voor de afvoer naar de 'slufter' kan gebruik gemaakt worden van de door de opdrachtgever verkregen toelating (of kennisgeving) volgens het EVOA (Europese Verordening Overbrenging

> Afvalstoffen), afgeleverd door OVAM, toegevoegd in bijlage beslissing kennisgeving BE001003675. Afdeling Maritieme Toegang heeft reeds een bergingscontract (cfr bijlage) met het Havenbedrijf Rotterdam N.V., ook hiervan kan de aannemer gebruik maken. De aannemer zorgt er voor dat hij alle overige toelatingen, certificaten en vergunningen heeft om deze specie af te voeren en te bergen in de 'slufter', en voorziet het nodige materieel om deze specie, volgens de specificaties van de uitbater en de milieu-vergunnende overheden, op de inrichtings- en/of bergingssite(s) gecontroleerd aan te brengen. De aanbestedende overheid benadrukt dat indien de inschrijver kiest voor basisofferte, men alle voorwaarden zoals gesteld door OVAM strikt dient na te leven. De inschrijver dient te allen tijden de voorwaarden zoals gesteld in de in bijlage toegevoegde vergunningen/toestemmingen/overeenkomsten na te leven op eigen kosten, ook is hij te allen tijde voor 100% hoofdelijk aansprakelijk wanneer er hierop overtredingen worden begaan.
> Als facultatieve variant laat de aanbestedende overheid de verwerking en/of berging van de gebaggerde specie toe op een erkende stortplaats en/of bergingssite naar keuze. Het niet indienen van deze toegestane variant heeft geen nietigheid van de basisofferte tot gevolg. De facultatieve variant is gelijkwaardig aan de basisofferte. In dit laatste geval zorgt de aannemer voor alle nodige toelatingen, certificaten en vergunningen om deze specie af te voeren en te bergen en/of verwerken, hij voorziet het nodige materieel om deze specie, volgens de specificaties van de uitbater en de milieu-vergunnende overheden, op de inrichtings- en/of bergingssite(s) gecontroleerd aan te brengen."

Dit tekstfragment maakt het voorwerp uit van de eerste en de tweede bestreden beslissing.

3.2. Het is in het kader van "de basisoplossing" dat de verwerende partij een toelating voor grensoverschrijdend vervoer van vervuilde baggerspecie met als doel deze te bergen in "De Slufter" te Rotterdam, aanvroeg. OVAM geeft op 24 oktober 2013, nr. BE001003675, toelating om baggerspecie van het Antwerpse dokkencomplex over te brengen naar "De Slufter". Het gaat daarbij over een periode van 1 november 2013 tot 31 oktober 2014.

Om de voormelde toelating voor grensoverschrijdend transport te verkrijgen, heeft de verwerende partij voorafgaandelijk ook een bergings-overeenkomst gesloten met het Havenbedrijf van Rotterdam voor de berging van baggerspecie in "De Slufter". Deze bergingsovereenkomst werd als bijlage 10 bij het bestek gevoegd, zoals op 5 juni 2014 in het Bulletin der Aanbestedingen

bekendgemaakt. Tevens werd er ook een “Contract voor de overbrenging tussen EU-lidstaten en voor invoer naar EU-lidstaten” gesloten tussen de verwerende partij en de Haven van Rotterdam.

3.3. Op 22 juli 2014 wordt via een “kennisgeving van aanvullende informatie, informatie over een onvolledige procedure of rectificatie” in het Bulletin der Aanbestedingen onder meer een “Wijzigend bericht nr. 1” bekendgemaakt.

Met het wijzigend bericht nr. 1 wordt een extra alinea toegevoegd aan de beschrijving der werken op bladzijde 6 van het bestek, namelijk:

> “Indien omwille van termijn de reeds bekomen kennisgeving of contract met slufter ongeldig zouden worden, zal de opdrachtgever een uitbreiding van deze termijn aanvragen of indien nodig een nieuwe kennisgeving of contract.”

Deze bestektekst betreft de derde bestreden beslissing in huidig beroep.

3.4. Op 5 augustus 2014 worden offertes ingediend door drie inschrijvers. De nv Aannemingsbedrijf Aertssen en de bv Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf dienen een offerte in voor de basisoplossing. De thv Verdieping H4H dient enkel een offerte in voor de facultatieve variant. Uit de offerte van de nv DC Industrial kan worden afgeleid dat deze inschrijver, zowel voor de basisoplossing als voor een facultatieve variant, offertes indient.

3.5. De verwerende partij beslist op 3 december 2015 om de betrokken opdracht niet te gunnen op grond van het motief dat “een juridische procedure werd opgestart tegen het besluit van 4 december 2014 van [OVAM] houdende toestemming voor de grensoverschrijdende overbrenging van

afvalstoffen” en dat hierdoor “het voorwerp van de opdracht […] mogelijk essentieel gewijzigd wordt”.

3.6. De onder randnummer 3.2 vermelde OVAM-beslissing met betrekking tot de kennisgeving BE001003675 van 24 oktober 2013 wordt op verzoek van de nv Deme Environmental Contractors e.a. vernietigd door de Raad van State bij arrest nr. 238.220 van 18 mei 2017.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Excepties opgeworpen door de verwerende partij

4.1.1. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij op dat het beroep in zoverre het is gericht tegen het terechtwijzend bericht nr. 1, onontvankelijk is. Zij betoogt dat het bericht geen aanvechtbare administratieve rechtshandeling is maar een loutere uitvoeringshandeling.

Voorts voert zij aan dat de eerste en de tweede verzoekende partij geen persoonlijk en rechtstreeks belang hebben bij hun beroep. Zij zouden volgens de verwerende partij enkel een offerte hebben ingediend omwille van de belangen van hun zuster- en dochtervennootschappen die over een verwerkings-installatie beschikken; zij zouden deze verwerking verkiezen boven het gebruik-maken van de deponie “De Slufter”. Zij zouden geen persoonlijk en rechtstreeks belang hebben.

Ook wijst de verwerende partij erop dat de eerste en de tweede verzoekende partij niet aantonen “in welke mate de mogelijkheid om bagger-specie naar De Slufter te vervoeren Eerste en Tweede Verzoekende partijen zou benadelen om een competitieve offerte in te dienen” aangezien ook zij een beroep konden doen op de deponie “De Slufter”.

De verwerende partij merkt nog op dat de vraag naar het belang van die partijen rijst “bij hun talrijke verwijzingen naar de vermeende onwettige beslissing van OVAM”.

4.1.2. Wat de derde en de vierde verzoekende partij, die geen offerte hebben ingediend, betreft, werpt de verwerende partij op dat ook zij geen belang hebben bij het beroep tegen de gunning aangezien zij slechts onderaannemers zijn van de eerste en de tweede verzoekende partij.

Beoordeling

4.2.1. Deze excepties werden niet besproken in het auditoraatsverslag. Ter terechtzitting verklaren de partijen zich akkoord dat dit in de huidige omstandigheden geen beletsel vormt voor de Raad om ze te behandelen.

4.2.2. De eerste en de tweede verzoekende partij hebben een offerte ingediend. Zij zijn in beginsel als inschrijver waaraan niet is gegund, gerechtigd een beroep in te dienen tegen de beslissing waarbij zij worden voorbijgegaan. Zulks geeft hun hier een voldoende en rechtstreeks belang.

Het feit dat zij ook indirecte belangen hebben bij zuster- of dochtervennootschappen die als onderaannemer zouden meewerken aan de uitvoering van de opdracht, ondergraaft dit initieel belang niet.

De zogenaamde talrijke verwijzingen naar de OVAM-beslissing inzake de bergingsovereenkomst of het feit dat zij niet zouden aantonen dat zij geen concurrentieel bod hebben kunnen indienen, betreffen hier de grond van de zaak.

Niet relevant is het gegeven dat het terechtwijzend bericht nr. 1 eventueel geen aanvechtbare rechtshandeling is, gelet op het feit dat het actueel belang door toedoen van de verwerende partij is verloren gegaan zoals hierna zal

blijken. Evenmin relevant is het gegeven dat de overige aangevochten beslissingen geen dergelijke kritiek verdragen.

4.2.3. De exceptie ten aanzien van de eerste en de tweede verzoekende partij wordt aldus verworpen.

4.2.4. Wat de exceptie ten aanzien van de derde en de vierde verzoekende partij betreft, doet de Raad de volgende vaststellingen: 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 blijkt hoe zij te dezen een rechtstreeks belang kunnen 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 het Vlaamse Gewest 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 tot toelating van grensoverschrijdend transport van baggerspecie.

De exceptie wordt aanvaard; het beroep van de derde en de vierde verzoekende partij is onontvankelijk zoals de Raad ook reeds oordeelde in de arresten nrs. 238.248 van 18 mei 2017 en 240.797 van 22 februari 2018.

Met de verzoekende partijen wordt hierna bedoeld de eerste en de tweede verzoekende partij.

B. Exceptie opgeworpen in het auditoraatsverslag

4.3.1. In het auditoraatsverslag wordt geconcludeerd dat het beroep van de verzoekende partijen doelloos is geworden en dat zij minstens geen belang

meer hebben, omdat de verwerende partij heeft beslist om de opdracht niet te gunnen.

4.3.2. De verzoekende partijen delen in hun laatste memorie mee zich ter zake naar de wijsheid van de Raad van State te gedragen. Zij merken daarbij op dat de kosten van het beroep in de gegeven omstandigheden in elk geval ten laste van de verwerende partij dienen te worden gelegd.

4.3.3. De verwerende partij sluit zich in haar laatste memorie aan bij het standpunt van het auditoraatsverslag en vraagt de verzoekende partijen te veroordelen tot de kosten.

Beoordeling

4.4. De Raad van State valt het standpunt in het auditoraatsverslag bij en verwerpt het beroep bij gebrek aan belang.

Gelet op de concrete omstandigheden van de zaak waarbij de verwerende partij de gunningsprocedure heeft stopgezet, worden de kosten van het beroep ingesteld door de eerste en de tweede verzoekende partij, die aldus door toedoen van de verwerende partij hun actueel belang zagen teloorgaan ten laste van de verwerende partij gelegd.

De derde en de vierde verzoekende partij dienen de kosten van hun beroep te dragen aangezien het onontvankelijk werd ingesteld.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. 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 800 euro.

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**