

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 241.510 van 17 mei 2018  
in de zaak A. 210.216/XII-7457**

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 de partij:

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

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1. Het beroep, ingesteld op 16 september 2013, strekt tot de nietigverklaring 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 [nv Havenbedrijf 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 nv Silvamo] kennis heeft gekregen naar aanleiding van het Terecht-wijzend Bericht nr. 1 [...] gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen d.d. 19 juli 2013”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. Bij arrest nr. 237.198 van 26 januari 2017 zijn de door de verwerende partij aangevoerde excepties inzake de ontvankelijkheid van het beroep en het ambtshalve middel van het auditoraat verworpen en is het debat heropend.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een aanvullende 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 Suzanne 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 verdiepingsbaggerwerken ter hoogte van het Antwerpse dokkencomplex “Rechteroever 4<sup>de</sup> havendok” met het oog op meer diepgang voor de scheepvaart.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek B10133 “Verdiepingsbaggerwerken Antwerpse dokkencomplex Rechteroever 4<sup>de</sup> havendok”. De opdracht wordt gegund met de procedure van de open aanbesteding.

De opdracht heeft betrekking op verdiepingsbaggerwerken in een nevendok van het Hansadok, zijnde het 4de Havendok, voor een bagger-volume van circa 85.000 m<sup>3</sup>.

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

“De aanneming heeft als doel het uitvoeren van verdiepingsbaggerwerken 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 4<sup>de</sup> havendok in de haven bereikbaar te maken voor zeeschepen met een diepgang van 14 m (zie plan): De verdiepingswerken naar steiger 281 in het 4<sup>de</sup> 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.”

3.3. Op 19 juli 2013 wordt in het Bulletin der Aanbestedingen een terechtwijzend bericht (hierna: TWB) 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 nv 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 nv niet correct nageleefd wordt.”

Als bijlage is een bergingsovereenkomst gevoegd met als datum 14 juni 2013, ondertekend door de vertegenwoordiger van de tussenkomenende partij op 31 mei 2013 en door de vertegenwoordiger van de verwerende partij op 25 juni 2013.

3.4. Op 26 juni 2013 dient het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen een kennisgevingsdocument voor grensoverschrijdende afvaloverbrenging in bij de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna: OVAM) met het oog op het verkrijgen van een toelating voor het transport van de 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” van 14 juni 2013 ondertekend door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en de nv Havenbedrijf Rotterdam

en een attest van borgstelling van KBC-bank op naam van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

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.

3.5. Op 14 augustus 2013 wordt een tweede TWB 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 ingevolge 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-compenserende tarief) bedraagt € 0,12 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.”

3.6. Op 14 oktober 2013 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf. Tegen de tenuitvoerlegging van deze gunningsbeslissing stellen de nv Ondernemingen Jan De Nul en de nv Dredging International, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, en de nv Deme Environmental Contractors en de nv Envisan, een vordering tot schorsing in bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zaak bekend onder het rolnummer A. 210.591/XII-7495; deze vordering wordt bij arrest nr. 225.728 van 5 december 2013 verworpen.

Dezelfde ondernemingen dienen tegen de gunningsbeslissing een annulatieberoep in, zaak bekend onder hetzelfde rolnummer.

3.7. Op vordering van de nv Silvamo hervormt het hof van beroep te Antwerpen bij arrest van 9 april 2015 het vonnis van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, zetelend zoals in kort geding, van 21 november 2013, en verklaart “de overheidsopdracht geconcretiseerd in de bergingsovereenkomsten van [31.05.2013] en 25.06.2013, onverbindend met betrekking tot de nog uit te voeren verbintenissen”. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen dient op 10 juli 2015 cassatieberoep in tegen dit arrest.

3.8. Op 2 oktober 2013 dienen de nv Deme Environmental Contractors, de nv Envisan en de nv Ghent Dredging, na eerst een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te hebben ingediend, die werd verworpen bij arrest nr. 224.496 van 23 augustus 2013, een enig verzoekschrift in bij de Raad van State tot schorsing en nietigverklaring van de hiervoor vermelde beslissing van OVAM van 5 augustus 2013. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen komt in deze procedure tussen. Deze zaak is bij de Raad van State bekend onder het nummer A. 209.836/VII-38.874.

Met een arrest nr. 225.885 van 19 december 2013 wordt de vordering tot schorsing verworpen. Bij arrest nr. 232.753 van 29 oktober 2015 vernietigt de Raad van State “het besluit van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij van 5 augustus 2013 houdende toestemming voor de grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen zoals omschreven in kennisgeving BE001003673”.

3.9. Bij arrest van 28 april 2017 – nr. C.15.0296.N – verwerpt het Hof van Cassatie het beroep van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 9 april 2015.

3.10. Bij arrest nr. 238.248 van 18 mei 2017 vernietigt de Raad van State de voormelde beslissing van 14 oktober 2013 van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot gunning van de opdracht “Verdiepingsbaggerwerken Antwerpse dokkencomplex Rechterover 4<sup>de</sup> Havendok” bestek B10133 aan de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf, wegens gebrek aan de vereiste materiële draagkracht. 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 toelating en werd een offerte gekozen die een uitvoeringsmethode aanwendt waarbij een beroep wordt gedaan op deze toelating.

#### *IV. Ontvankelijkheid van het beroep*

4. 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 door het Hof van Beroep van de voormelde bergingsovereenkomst, uitspraak die kracht van gewijsde heeft verkregen”, 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” de verzoekende partij “geen bijkomend, geen ander direct voordeel

opleveren dan datgene dat zij reeds bekomen heeft met voormeld arrest van het Hof van Beroep. 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 voormeld arrest van het Hof van Beroep. *In casu* aan verzoekster nog een voldoende belang bij haar beroep toekennen, zou louter platonisch en dubbel zijn”.

5. De verzoekende partij betwist deze opvatting.

In haar laatste memorie na tussenarrest betoogt zij dat zij wel nog een belang heeft bij het ingediende vernietigingsberoep.

Zij benadrukt daartoe op 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.

De verzoekende partij meent meer bepaald 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 – zij ook nog een belang heeft wanneer de overeenkomst onverbindend werd verklaard met betrekking tot de nog uit te voeren verbintenissen.

Ten tweede wijst de verzoekende partij erop dat zij bovendien een bijkomend belang heeft bij haar beroep, 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, waarin de bergingsovereenkomst integraal werd uitgevoerd aangezien de onverbindendverklaring slechts door het hof van beroep werd bevolen op het ogenblik waarop de specie reeds integraal was gedumpt en de overeenkomst reeds integraal was uitgevoerd in het depot “De Slufter” te Rotterdam.

Ten derde verwijst de verzoekende partij naar artikel 65/17 *in fine* van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ (hierna: overheidsopdrachtenwet 1993), dat bepaalt dat de vordering tot onverbindendverklaring van de opdracht samen met de in artikel 65/14 bedoelde vordering tot nietigverklaring of afzonderlijk kan worden ingediend. De overheidsopdrachtenwet zelf bepaalt aldus dat de vordering tot onverbindendverklaring mag worden gecombineerd met de vordering tot nietigverklaring.

Ten vierde betoogt zij nog 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 tussenkommende partij de kans heeft gekregen – in tegenstelling tot de verzoekende partij – om een aanbod te formuleren en de overeenkomst te verkrijgen, alsook de overeenkomst integraal uit te voeren.

6. De verwerende partij beklaagt zich van haar kant in haar laatste memorie na tussenarrest over de huidige situatie waarbij zich tegenstrijdige en onverenigbare zienswijzen of uitspraken manifesteren. De gewone rechtbanken hebben, enerzijds, 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.

7. De tussenkommende partij valt in haar laatste memorie na tussenarrest de ambtshalve opgeworpen exceptie bij. De tussenkommende partij ziet niet in welk direct en persoonlijk voordeel de verzoekende partij met het huidig annulatieberoep nog kan realiseren. Door het tussengekomen arrest van het hof van beroep werd het belang van de verzoekende partij in de loop van de procedure immers volledig gerealiseerd, zodat de vordering tot nietigverklaring onontvankelijk is geworden. Dat een vernietiging een erga-omnesgelding zou hebben en betrekking zou hebben op de periode waarin de bergingsovereenkomst werd uitgevoerd, doet daar volgens haar geen afbreuk aan. Overigens wijst zij

erop dat het aan de verzoekende partij zelf te wijten is dat niet alle contractuele verbintenissen met terugwerkende kracht werden vernietigd, waar de overheidsopdrachtenregelgeving nochtans de mogelijkheid toe biedt. Het hof van beroep te Antwerpen overwoog in zijn arrest van 9 april 2015 daaromtrent dat bij gebrek aan argumenten van de nv Silvamo om de onverbindendverklaring met terugwerkende kracht te vorderen, het hof zich beperkt tot de onverbindendverklaring van de nog uit te voeren verbintenissen. De tussenkomenende partij meent voorts 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 tussenkomenende 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 onverbindend werden verklaard. Te dezen is haar belang dan ook niet theoretisch of indirect, maar reeds ingewilligd en dus dubbel aangezien het hof van beroep de schending van de overheidsopdrachtenreglementering vaststelt.

### *Beoordeling*

8. In het auditoraatsverslag wordt ambtshalve besloten tot de onontvankelijkheid van het beroep wegens gebrek aan belang; de tussengekomen onverbindendverklaring, uitgesproken door het hof van beroep met toepassing van artikel 65/17 van de overheidsopdrachtenwet 1993, 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 de rechtspraak van de Raad van State inzake overheidsopdrachten en bepalingen uit de overheidsopdrachtenwet 1993 haar belang aantonen en gaat er daarbij van uit dat de gunning van de bergingsovereenkomst de gunning van een overheidsopdracht is.

Ook de tussenkomen de partij beroept zich op de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten maar dan om het belang van de verzoekende partij volledig gerealiseerd te achten door het arrest van het hof van beroep dat de schending van bepalingen inzake de overheidsopdrachten vaststelt.

Voorts mocht het hof van beroep de bergingsovereenkomst slechts onverbindend verklaren in de mate dat het hof had vastgesteld dat deze overeenkomst een overheidsopdracht is die slechts mag worden gegund na een gunningsprocedure overeenkomstig de overheidsopdrachtenwet 1993.

De Raad 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.

Het auditorsverslag laat deze problematiek onverlet.

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**