

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 242.503 van 2 oktober 2018

in de zaak A. 214.722/XII-7800

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 partijen:

1. de NV HAVENBEDRIJF ROTTERDAM,
vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Hofströssler en Hans Plancke
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

2. de OPENBARE VLAAMSE AFVALSTOFFENMAAT
SCHAPPIJ – OVAM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bart Bronders en Clive Rommelaere
kantoor houdend te 8400 Oostende
Archimedesstraat 7

I. Voorwerp van de vordering

1. Het beroep, ingesteld op 12 januari 2015, strekt tot de nietigverklaring van een tekstfragment van het bestek nr. B10246 betreffende de openbare aanbesteding voor aanneming van werken “Baggerproject Antwerpse Scheepswerf (Hansadok)”.

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.

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

De tweede tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 22 september 2015. De tweede tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 september 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evelien De Raeymaecker, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Alexandre Peytchev, die loco advocaten David D’Hooghe, Jan Bouckaert en Rozanne Vander Hulst verschijnt voor de verwerende partij, advocaat Saul Janssens, die loco advocaat Patrick Hofströssler verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, en advocaat Clive Rommelaere, die verschijnt voor de tweede tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een met dit arrest, behoudens 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. 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:

“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.”

Voorts, en dat is het tekstfragment waartegen de verzoekende partijen hun beroep richten, wordt er vermeld:

“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.”

Uit deze passage blijkt dus dat er een bergingsovereenkomst is gesloten tussen de verwerende partij en eerste de tussenkomende partij met het oog op het storten van de specie uit het Hansadok te Antwerpen in het depot De Slufter.

Eveneens blijkt er dus een OVAM-toelating van 11 augustus 2014 te zijn voor transport van 414.000 ton baggerspecie naar De Slufter afgeleverd zodat de inschrijvers desgewenst gebruik kunnen maken van deze toelating zoals bepaald in het bestek.

3.4. Op 22 december 2014 vindt de openingszitting plaats.

Het directiecomité van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen beslist op 2 februari 2015 de opdracht te gunnen aan de bv Martens & Van Oord Aannemingsbedrijf.

3.5. Bij arrest van 18 mei 2017, nr. 238.222, wordt de OVAM-toelating van 11 augustus 2014 door de Raad van State vernietigd.

3.6. Met arrest nr. 240.797 van 22 februari 2018 heeft de Raad van State de beslissing van 2 februari 2015 tot gunning van de opdracht aan de bv Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf vernietigd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. De verwerende partij voert aan dat de eerste en de tweede verzoekende partij geen persoonlijk en rechtstreeks belang hebben omdat zij zich in werkelijkheid beroepen “op het belang van hun in Vlaanderen gelegen zuster/verwerkingsbedrijven [die over een verwerkingsinstallatie beschikken], om aldus een offerte op basis van transport naar De Slufter uitgesloten te (kunnen) zien”. Voorts konden de verzoekende partijen ook inschrijven met gebruik te maken van De Slufter.

Wat de derde en de vierde verzoekende partij betreft, beschikken die volgens de verwerende partij evenmin over een persoonlijk en rechtstreeks belang; zij hebben zelf niet deelgenomen aan de gunningsprocedure voor de baggerwerken.

4.2. De eerste en de tweede verzoekende partij wijzen er in hun memorie van wederantwoord op dat zij baggeraars zijn die de opdracht in de wacht wensen te slepen en dus het baggerproject willen realiseren en de baggerspecie verwerken in de lokale verwerkingsinstallaties; hun mogelijke gunning wordt in het gedrang gebracht “door de onwettige mogelijkheid gecreëerd in het Bestek (onder verwijzing naar de toelating van de OVAM d.d. 5 augustus 2013) om baggerspecie afkomstig van het vierde havendok af te voeren naar en te deponeren in het depot van De Slufter in Rotterdam”. Zij worden verhinderd een competitieve en wettige offerte in te dienen “aangezien inschrijvers die gebruik maken van de onwettige uitvoeringsmethode, gelet op de dumpingprijzen die door de Haven van Rotterdam worden aangeboden, steeds een substantieel lagere offerteprijs zullen kunnen aanbieden”. “Het aanbieden van een competitieve én wettige offerte gaan in casu dan ook niet samen.”

Wat de derde en de vierde verzoekende partij betreft, blijven deze partijen bij hun standpunt, namelijk dat zij belang hebben, zoals vertolkt in hun inleidend verzoekschrift

4.3. De eerste tussenkomende partij merkt op dat de verzoekende partijen geen belang hebben aangezien de bergingsovereenkomst op grond waarvan de OVAM-toelating is gevraagd, door de rechtbank van eerste aanleg onverbindend is verklaard zodat de begunstigde inschrijver de baggerspecie niet meer naar de De Slufter mag transporteren. De aangevochten vermeldingen uit het bestek zijn hierdoor “onwerkzaam” zodat de verzoekende partijen geen nadeel meer kunnen ondervinden.

4.4. De tweede tussenkomende partij meent dat enkel de eerste en de tweede verzoekende partij belang bij het beroep kunnen laten gelden omdat enkel zij een offerte hebben ingediend. De derde en de vierde verzoekende partij hebben geen aanvaardbaar belang, hoogstens een onrechtstreeks belang; zij hebben immers geen offerte ingediend.

4.5. In het auditorsverslag wordt de eerste en de tweede verzoekende partij hun belang bij het indienen van hun beroep niet ontzegd doch wordt de excepties ten aanzien van de derde en de vierde verzoekende partij gegrond bevonden.

Voorts wordt een ambtshalve exceptie aangevoerd. Er wordt op gewezen dat de gunningsbeslissing vernietigd is, dat de OVAM-toelating evenzeer vernietigd is en dat de rechtbank van eerste aanleg de onverbindendverklaring heeft uitgesproken van de bergingsovereenkomst zodat hoe dan ook geen enkele verzoekende partij nog een actueel belang heeft bij hun beroep.

4.6. In hun laatste memorie merken de verzoekende partijen uitdrukkelijk op geen nadere opmerkingen over de ontvankelijkheid van de derde en de vierde verzoekende partij te formuleren.

Wat de ambtshalve exceptie van het auditorsverslag betreft ten aanzien van het beroep van de eerste en de tweede verzoekende partij, betwisten de verzoekende partijen deze conclusie. De verwijzing naar de nietigverklaring van de OVAM-toelating is irrelevant zolang de consequenties hiervan niet effectief zijn veruitwendigd door de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Zo ook is de verwijzing naar de procedure van de rechtbank van eerste aanleg niet dienstig; de verzoekende partijen waren geen partij in die zaak, wel de nv Silvamo; het voorwerp in die procedure is in geen geval gelijkaardig aan de gunningsprocedure hier. De verzoekende partijen menen dat hun gekwalificeerd moreel belang bij de nietigverklaring van het besteksgedeelte hier intact blijft; enkel door een nietigverklaring “wordt verzekerd dat de besteksbepalingen zijn vastgesteld in overeenstemming met de ter zake geldende reglementering”.

4.7. In haar laatste memorie concludeert de eerste tussenkomende partij dat “door de tussengekomen arresten van de Raad van State en het vonnis van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg en de beëindiging van de Bergingsovereenkomst door verwerende partij en het Havenbedrijf Rotterdam het belang van verzoekende partijen in de loop van de voorliggende procedure

volledig gerealiseerd werd, zodat de vordering tot nietigverklaring onontvankelijk is geworden”.

Beoordeling

4.8.1. De eerste en de tweede verzoekende partij zijn geïnteresseerd om de overheidsopdracht van het baggeren uit te voeren; zij hebben zich ook als inschrijvers gemanifesteerd. Zij wensen deze opdracht uit te voeren zonder de volgens hen onwettige uitvoeringswijze van De Slufter, minstens zonder dat deze uitvoeringswijze “bevoordeeld” wordt. In die zin hebben zij belang bij het instellen van het beroep dat gericht is tegen de besteksbepaling rond de piste De Slufter.

Het beroep van de derde en vierde verzoekende partij is niet ontvankelijk. Zoals de Raad reeds heeft overwogen onder het randnummer 12 van het arrest 238.248 van 18 mei 2017 beschikken zij niet over het vereiste belang, wat zij niet betwisten in hun laatste memorie.

4.8.2. De gunningsbeslissing voor de overheidsopdracht van de baggerwerken is vernietigd bij arrest nr. 240.797 van 22 februari 2018.

In dit arrest wordt de onwettigheid en de nietigverklaring van de OVAM-toelating aangegrepen om de gunningsbeslissing als behept met het ontbreken van de vereiste materiële draagkracht te aanzien.

In die omstandigheden hebben eerste en tweede verzoekende partij hun actueel belang bij het beroep verloren maar dienen de kosten van hun beroep ten laste van de verwerende partij te worden gelegd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de eerste en tweede verzoekende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 oktober 2018 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