

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 243.479 van 24 januari 2019

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 Alexandre Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende 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. 241.510 van 17 mei 2018 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 laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 oktober 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Florence Van Durme, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Hans Plancke, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een met dit arrest andersluidend 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^{de} 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^{de} havendok”. De opdracht wordt gegund met de procedure van de open aanbesteding.

De opdracht heeft betrekking op verdiepingsbaggerwerken in een nevendok van het Hansadok, namelijk het 4de Havendok, voor een baggervolume van circa 85.000 m³.

Het voorwerp van de opdracht wordt 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^{de} 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^{de} 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 nv Havenbedrijf Rotterdam op 31 mei 2013 en door de vertegenwoordiger van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen 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” (hierna: EVOA-contract) – door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen ondertekend op 26 april 2013 en door de nv Havenbedrijf Rotterdam op 13 mei 2013 – 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 ten voordele van OVAM.

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 het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen 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 – rol nr. A. 210.591 – 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 Rechteroever 4^{de} 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 auditoraatsverslag van 16 november 2017 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 oplever[t] 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. Bij arrest nr. 241.510 van 17 mei 2018 heropent de Raad het debat met het oog op een volledige voorlichting inzake de toepasselijkheid van de regelgeving inzake overheidsopdrachten. De ambtshalve exceptie wordt nog niet beoordeeld.

6. In het auditorsverslag van 4 juli 2018 wordt vastgesteld – met verwijzing naar het arrest van het hof van beroep van Antwerpen van 9 april 2015, dat, na verwerping van het cassatieberoep ertegen kracht van gewijsde heeft – dat inzake de bergingsovereenkomst samen met het EVOA-contract de “regelgeving inzake overheidsopdrachten [...] derhalve toepasselijk” is.

7. In haar laatste memorie van 9 augustus 2018 valt de verzoevende partij het standpunt dat het hier om een overheidsopdracht gaat, bij en meent zij dat in het licht van dit standpunt “het des te meer van belang [is] dat een administratieve rechtshandeling die in strijd met deze toepasselijke regelgeving tot stand is gekomen, wordt vernietigd”.

Zij herneemt haar verzet geformuleerd in haar laatste memorie van 21 december 2017 tegen de ambtshalve exceptie in het auditorsverslag van 16 november 2017. Zij betoogt hierbij, uitgebreid beargumenteerd, dat zij wel nog een belang heeft bij het ingediende vernietigingsberoep.

8. In zijn laatste memorie van 12 september 2018 is het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen “van mening dat de voormelde overeenkomsten niet kwalificeren als een overheidsopdracht omdat er geen sprake is van diensten die rechtstreeks ten behoeve van of in opdracht van HA worden verricht”.

Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen stelt dat “[o]pdat van een ‘overheidsopdracht’ sprake zou zijn, is vereist dat de overeenkomst de verplichting bevat van de ene partij (dienstverlener) lastens de andere partij (aanbestedende overheid) om ten behoeve van / in opdracht van / ten bate van de aanbestedende overheid welbepaalde prestaties te verrichten, nl. iets te geven of iets te doen, dit in ruil voor een rechtstreekse tegenprestatie (in beginsel betaling) door (of namens) de aanbestedende overheid aan de dienstverlener”.

Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen merkt voorts op dat de bergingsovereenkomst voor hem echter geen rechtstreeks economisch belang vertoont. “De bergingsovereenkomst voldoet [zo betoogt zij] niet aan de kwalificatie van overheidsopdracht omdat het Havenbedrijf Rotterdam geen enkele dienstverlening verricht ten behoeve van het HA”. “Het is dus niet de bergingsovereenkomst die aanleiding geeft tot de dienstverlening vanwege de Haven Rotterdam, wel de overeenkomst die de aannemer ter zake met de Haven Rotterdam sluit”. Hierbij benadrukt het onder meer dat het Havenbedrijf Rotterdam in ruil voor zijn prestaties tot slibverwerking geen betaling of andere tegenprestaties krijgt vanwege het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en dat “De Slufter” zich er niet toe verbindt welbepaalde prestaties ten behoeve van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen te verrichten.

Wat de voormelde exceptie betreft, gedraagt het zich in zijn laatste memorie van 5 februari 2018 naar de wijsheid van de Raad van State.

Ten slotte verzoekt het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, voor het geval de Raad “van oordeel [mocht] zijn dat in het licht van de in het kader van de vernietigingsprocedure gevoerde argumentatie, niet zonder meer kan worden besloten dat de bergingsovereenkomst niet als een overheidsopdracht kan worden gekwalificeerd”:

“Is het voor de kwalificatie van een overeenkomst als een overheidsopdracht van diensten in de zin van artikel 1.2, a) en d) van Richtlijn

2004/17 vereist dat de diensten rechtstreeks ten behoeve van, / in opdracht van, en ten bate [van] de aanbestedende overheid worden verricht en de aanbestedende overheid de rechtstreekse begunstigde ervan is, zodat een overeenkomst op grond waarvan diensten verricht worden ten bate van een derde partij en die diensten ook door die derde worden vergoed niet als ‘overheidsopdracht van diensten’ kwalificeert?”

9. In haar laatste memorie van 12 september 2018 meent de nv Havenbedrijf Rotterdam dat de bergingsovereenkomst samen genomen met het EVOA-contract geen overheidsopdracht is.

Zij argumenteert hieromtrent nog aanvullend ten opzichte van haar eerdere procedurestukken het volgende.

Het Havenbedrijf Rotterdam verricht geen prestaties rechtstreeks ten voordele of in opdracht van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen. Voorts heeft het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen geen verplichting om baggerspecie aan te leveren. “Het Havenbedrijf Rotterdam zou dus hoogstens diensten voor de opdrachtnemer van Havenbedrijf Antwerpen verrichten, indien de opdrachtnemer ervoor zou kiezen om van De Slufter gebruik te maken.” “Nochtans is er slechts van een overheidsopdracht voor diensten sprake indien een opdrachtnemer diensten verricht ten voordele of in opdracht van een aanbesteder.”

Beoordeling

10.1. De in het auditoraatsverslag van 16 november 2017 ambtshalve opgeworpen exceptie, 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, exceptie die de nv Havenbedrijf Rotterdam in haar laatste memorie van 25 januari 2018 overneemt, wordt niet bijgevalen om de volgende redenen.

10.2. De verzoekende partij verklaart belangstelling te hebben voor het uitvoeren van de bergingsopdracht die het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen heeft gesloten met de nv Havenbedrijf Rotterdam doch geen kans te hebben gekregen zich daarvoor kandidaat te stellen. Deze belangstelling op zich is in de huidige omstandigheden voldoende om in beginsel belang te hebben bij het aanvechten van de hier bestreden beslissing tot sluiting van de onderhavige bergingsovereenkomst, vooral omdat de verzoekende partij in haar middelen aanklaagt dat het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen deze opdracht niet heeft opengesteld naar andere ondernemingen zoals zichzelf, doch enkel naar de nv Havenbedrijf Rotterdam; in die zin hangt haar belang samen met de grond van de zaak, zoals de Raad reeds heeft overwogen in het tussenarrest nr. 237.198 van 26 januari 2017.

10.3. Het feit dat de verzoekende partij de onverbindendverklaring van de bergingsovereenkomst “met betrekking tot de nog uit te voeren verbintenissen” heeft verkregen, leidt niet tot een ander oordeel.

Deze onverbindendverklaring die de overeenkomst zelf betreft – wat hier uiteraard niet de bestreden beslissing is – is bekleed met het gezag van het rechterlijk gewijsde zoals bedoeld in artikel 23 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek. Voor zover hier al mag worden aangenomen dat het decisief motief van de burgerlijke rechter om tot zijn oordeel te komen de kwalificatie als overheidsopdracht is – hetgeen de verzoekende partij luidens haar laatste memorie van 9 augustus 2018 ook zo door de Raad vastgesteld wenst te zien – en dat mag worden aangenomen dat deze kwalificatie behoort tot dit gewijsde, moet worden vastgesteld dat dit gewijsde enkel geldt tussen de partijen, die het als exceptie moeten aanvoeren; het komt dus niet aan de rechter toe deze exceptie ambtshalve op te werpen.

Het beroep bij de Raad is voorts gericht tegen de van de gesloten overeenkomst afsplitsbare bestuurshandeling. Een uitspraak door de Raad van State is daarenboven bekleed met het gezag van rechterlijk gewijsde

erga omnes. Voorts heeft een nietigverklaring uitgesproken door de Raad in beginsel terugwerkende kracht zodat de reeds uitgevoerde verbintenissen ook in dat licht zullen kunnen worden beoordeeld.

10.4. De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het eerste onderdeel van het eerste middel

Standpunt van de partijen

11. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 2, 27 en 39 en de bepalingen van Boek IIbis van de Overheidsopdrachtenwet, de artikelen 43, 59, 60, de bepalingen van Titel VII, dan wel de bepalingen van Titel VIII van het Koninklijk Besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten” en de “ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische rechtsgrond”.

Zij betoogt:

“Doordat, eerste onderdeel, de verwerende partij de bestreden beslissing heeft genomen op basis waarvan de offerte van de Haven van Rotterdam inzake het storten van specie in depot De Slufter alsook de Bergings-overeenkomst werd goedgekeurd en een onderhandse overeenkomst tussen verwerende partij en de Haven van Rotterdam tot stand is gekomen, zonder daarbij de bepalingen van de Overheidsopdrachtenwet na te leven, en waarbij de opdracht derhalve niet werd bekend gemaakt, geen van de door de Overheidsopdrachtenwet voorziene selectiewijzen en gunningswijzen werd toegepast en geïnteresseerde partijen derhalve geen offerte hebben kunnen indienen om in aanmerking te komen voor toewijzing van de opdracht;

Terwijl, artikelen 2 en 27 van de Overheidsopdrachtenwet de voormelde wet van toepassing verklaren op overheidsopdrachten voor aanneming van diensten als zijnde de wederkerige overeenkomsten ten bezwarende titel gesloten tussen een dienstverlener en de aanbestedende overheid en die betrekking heeft op diensten;

En terwijl, ingevolge de toepasselijkheid van de Overheidsopdrachtenwet en diens uitvoeringsregels een aanbestedende overheid verplicht is tot het

voeren van een transparante gunningsprocedure met respect voor de eerlijke mededinging, hetgeen impliceert dat de opdracht dient te worden bekend gemaakt, proportionele selectie-eisen en evenwichtige gunningscriteria dienen te worden bepaald waaraan de kandidaatstellingen en offertes van geïnteresseerde partijen worden getoetst en de partijen die een offerte hebben ingediend vervolgens in kennis worden gesteld van de door de aanbestedende overheid genomen toewijzingsbeslissing waartegen zij desgevallend een procedure kunnen inleiden bij de bevoegde verhaalinstantie;

En terwijl, door verwerende partij de bepalingen van de Overheidsopdrachtenwet in geen geval werden nageleefd;

Zodat, de aangevoerde artikelen en beginselen van de Overheidsopdrachtenwet in het eerste onderdeel van het middel geschonden zijn.”

In de toelichting bij het middelonderdeel merkt de verzoekende partij onder meer op:

“De overeenkomst die verwerende partij met de Haven van Rotterdam heeft gesloten, kwalificeert in deze onweerlegbaar als een overheidsopdracht van diensten. Immers blijken de constitutieve bestanddelen opdat er sprake zou zijn van een overheidsopdracht voor diensten in casu voldaan te zijn: (i) er ligt een overeenkomst voor, inzonderheid de overeenkomst die als bijlage bij het Terechtwijzend Bericht nr. 1 wordt gevoegd; (ii) de verwerende partij heeft deze overeenkomst als aanbestedende overheid gesloten met de Haven van Rotterdam, als derde – aan het Gemeentelijk Havenbedrijf vreemde – partij; (iii) de derde partij zal diensten leveren, inzonderheid diensten voor slibverwijdering en slibstorting; en (iv) de derde partij zal hiervoor een vergoeding ontvangen overeenkomstig hetgeen werd aangeboden door de derde partij in de offerte c. q. de Bergingsovereenkomst.

Dat in die overeenkomst wordt opgenomen dat de opdrachtnemer die wordt aangeduid in het kader van de Opdracht voor de baggerwerken van het Vierde Havendok Antwerpen en die toepassing maakt van de uitvoeringsmethode waarbij de specie wordt gestort in De Slufter, zal instaan voor de betaling, doet aan de kwalificatie als een opdracht voor diensten ten behoeve van de verwerende partij niets af.

[...]

Bovendien zal de betaling die door de begunstigde inschrijver aan de Haven van Rotterdam wordt gedaan voor het kunnen storten van baggerspecie in de Slufter de facto door verwerende partij zelf worden betaald: de prijs die de begunstigde inschrijver zal betalen aan de Haven van Rotterdam overeenkomstig de Bergingsovereenkomst, wordt vanzelfsprekend begrepen in de prijs die de begunstigde inschrijver heeft aangeboden aan verwerende partij in het kader van de Opdracht.”

Ook kan volgens de verzoekende partij het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen niet beweren dat het hier om een overeenkomst “om niet” gaat:

“In de overeenkomst worden immers duidelijk verplichtingen voor de beide partijen opgelegd: de Haven van Rotterdam voorziet in diensten op basis waarvan de baggerspecie afkomstig uit het vierde Havendok aldaar kan worden gestort (waarbij het economisch voordeel voor de Haven van Rotterdam duidelijk is nu zij zal worden vergoed voor die diensten); verwerende partij verbindt er zich van haar zijde toe tot ‘het opnemen van een bepaling in het contract met de uitvoerende aannemer van het project, waarin de aannemer verplicht wordt een betalingsovereenkomst te sluiten met Havenbedrijf Rotterdam nv’ [...].

Derhalve bestaat de tegenprestatie van verwerende partij erin dat zij zich ertoe verbindt de onderhandelde voorwaarden met de Haven van Rotterdam te zullen opleggen aan (en te doen naleven door) de begunstigde inschrijver die de Opdracht zal uitvoeren met toepassing van een uitvoeringsmethode waarbij de baggerspecie wordt gestort in het depot De Slufter. Daarin ligt ook precies het economisch voordeel van verwerende partij nu zij zal kunnen genieten van de gunstige voorwaarden op basis van de voorwaarden overeengekomen met de Haven van Rotterdam vermits de inschrijvers op de Opdracht die toepassing zullen maken van de uitvoeringsmethode waarbij baggerspecie wordt gestort in het depot De Slufter de voorwaarden uit de overeenkomst tussen verwerende partij en de Haven van Rotterdam zullen moeten naleven (overeenkomstig de bepalingen van Terechtwijzend bericht nr. 1, [...]) en zullen incalculeren in hun prijszetting voor de Opdracht.”

Hierbij verwijst de verzoekende partij ook naar de demarches van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen om een OVAM-toelating voor grensoverschrijdend transport te verkrijgen en naar zijn borgstelling *ad* 1,2 miljoen euro. Het gaat volgens de verzoekende partij “duidelijk” om “een overheidsopdracht voor diensten”.

12. In de eerste plaats merkt het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen op dat het bij het sluiten van de bergingsovereenkomst met de nv Havenbedrijf Rotterdam optreedt “voor de toekomstige opdrachtnemer (van de baggerwerken) die desgewenst beroep wenst te doen op de mogelijkheid tot storting in De Slufter”. In het EVOA-contract staan voorts specifieke terugname-

en verwijderingsverplichtingen inzake het afval en “onder welke voorwaarden de afvalstoffen in ontvangst genomen worden”.

Volgens het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen kwalificeert de bergingsovereenkomst niet als een overheidsopdracht omdat er geen verplichtingen zijn voor de aanbestedende overheid; er worden immers geen diensten verricht voor de aanbestedende overheid. Er is geen betalingsverplichting voor het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen. De uitvoerder van de achterliggende baggeropdracht die eigenaar wordt van de baggerspecie, is vrij al dan niet een beroep te doen op “De Slufter”. Enkel de uitvoerende aannemer zal de nv Havenbedrijf Rotterdam betalen. De betalingsovereenkomst wordt gesloten tussen de nv Havenbedrijf Rotterdam en de inschrijver van de achterliggende baggeropdracht die wenst – hij heeft geen verplichting – gebruik te maken van “De Slufter”; de gebaggerde specie wordt trouwens eigendom van die aannemer. Voorts wordt in de bergingsovereenkomst uitdrukkelijk bepaald dat het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen geen enkele plicht heeft tot het aanleveren van baggerspecie; zijn rol is louter faciliterend.

Het stellen van de borg door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen vloeit volgens hem enkel en alleen voort uit de kennisgevingsprocedure voor het grensoverschrijdende transport. Voorts is de enige verplichting die hier op het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen berust, het opnemen van een clausule in de achterliggende overheidsopdracht dat de aannemer een betalingsovereenkomst moet sluiten met de nv Havenbedrijf Rotterdam. Ook is er geen sprake van een zogenaamde derdebetalersregeling aangezien er geen sprake is van een betaling door een derde voor rekening van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

13. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat er wel degelijk een overeenkomst onder bezwarende titel voorligt.

De verzoekende partij herneemt haar argumentatie uit haar verzoekschrift en voegt hier het volgende aan toe.

Uit de feiten blijkt intussen dat de bv Martens en Van Oord de baggeropdracht zal uitvoeren zodat het argument van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen dat het de vrije keuze is van de uitvoerder van de baggeropdracht om te opteren voor “De Slufter” achterhaald is.

Ook het feit dat de baggerspecie eigendom wordt van de dienstverlener van de baggeropdracht doet niets af aan de kwalificatie als overheidsopdracht. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen blijft overigens tijdens de uitvoering van de baggeropdracht contractspartij bij de bergingsovereenkomst.

Evenmin is het argument dat de bergingsovereenkomst geen verplichting inhoudt tot het aanleveren van baggerspecie, relevant ten aanzien van de kwalificatie als overheidsopdracht. In de feiten blijkt dat de dienstverlener van de baggeropdracht gebruikmaakt van “De Slufter”. Voorts verwijst de verzoekende partij bij analogie naar rechtsfiguren als de raamovereenkomst of de optie.

Overigens, zo gaat de verzoekende partij verder, neemt het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen meer dan een faciliterende rol op. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen blijft immers contractspartij bij de bergingsovereenkomst aangezien de uitvoerder van de baggeropdracht het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen dient te vrijwaren voor alle schade ten aanzien van de nv Havenbedrijf Rotterdam. Voorts draagt het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen wel degelijk een risico aangezien het zich borg stelt voor 1,2 miljoen euro in het kader van de toelating van OVAM.

14. De nv Havenbedrijf Rotterdam sluit zich in haar toelichtende memorie aan bij de argumentatie van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en merkt bijkomend het volgende op.

Inzake het ontbreken van een tegenprestatie van de verwerende partij betoogt de nv Havenbedrijf Rotterdam dat het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen nooit instaat voor de betaling door de uitvoerder van de baggeropdracht aan de nv Havenbedrijf Rotterdam. Voorts is deze uitvoerder niet verplicht een beroep te doen op de nv Havenbedrijf Rotterdam.

15. In hun laatste memories, zoals hiervoor weergegeven onder de randnummers 7, 8 en 9, na het tweede aanvullend auditorsverslag, zoals hiervoor weergegeven *sub* randnummer 6, argumenteren de partijen over het al dan niet kwalificeren van de bergingsovereenkomst als overheidsopdracht, weze het in het kader van de ontvankelijkheid van het beroep.

Beoordeling

16. Bepalend voor de beoordeling van het middelonderdeel is de kwalificatie van de bergingsovereenkomst. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen noch de nv Havenbedrijf Rotterdam betwisten dat in geval van een kwalificatie als overheidsopdracht de handelwijze van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen de ingeroepen bepalingen en beginselen ten onrechte niet in acht heeft genomen.

17. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en de nv Havenbedrijf Rotterdam hebben een bergingsovereenkomst gesloten die ingepast wordt in de achterliggende baggerovereenkomst waarbij de uitvoerder aldaar de mogelijkheid krijgt om, zoals in het initieel bestek en in de TWB's hiervoor is vermeld, gebruik te maken van de toelating van de nv Havenbedrijf Rotterdam om de baggerspecie te deponeren in "De Slufter".

In het initieel bestek B10133 wordt bepaald dat de gebaggerde specie eigendom wordt van de aannemer en dat hij instaat voor het bekomen van alle noodzakelijke vergunningen en certificaten in het kader van de afvoer van de baggerspecie. Er wordt aan toegevoegd dat hij hiervoor desgewenst kan gebruikmaken van de toelating van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen voor transport van de baggerspecie naar “De Slufter”, die nog in aanvraag is, van zodra deze wordt toegekend.

In TWB1 van 19 juli 2013 wordt vermeld dat aan deze toelating een bergingsovereenkomst met “De Slufter” is verbonden, die als bijlage aan het bestek wordt gevoegd; indien de aannemer gebruikmaakt van de bedoelde toelating verbindt hij zich ertoe om de bepalingen van de bedoelde bergingsovereenkomst integraal na te leven wat volgens dit terechtwijzend bericht onder meer betekent dat hij zich ertoe verbindt om de vermelde betalingsovereenkomst met de nv Havenbedrijf Rotterdam te sluiten, alsook om de vermelde algemene acceptatie- en operationele leveringsvoorwaarden en het acceptatieprotocol na te leven. Voorts verbindt de inschrijver er zich dan eveneens toe om het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen te vrijwaren voor elke vorm van schade die dit Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde bergingsovereenkomst met de nv Havenbedrijf Rotterdam niet correct wordt nageleefd. De bergingsovereenkomst is bij TWB1 gevoegd.

Nadat er een EVOA-contract is gesloten tussen het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en de nv Havenbedrijf Rotterdam en een borg door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen is betaald, wordt met TWB2 van 14 augustus 2013 de toelating van OVAM voor grensoverschrijdend transport van de baggerspecie naar “De Slufter” bij het bestek gevoegd. Hierbij wijst het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen er de inschrijver die gebruikmaakt van deze toelating, onder meer op dat hij zich er eveneens toe verbindt om het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen te vrijwaren voor elke vorm van schade die dit Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde voorwaarden die zijn vermeld in deze toelating, niet correct nageleefd worden; de

aannemer dient bij zijn inschrijving een verklaring te voegen waarin hij uitdrukkelijk de genoemde verbintenissen ten aanzien van dit Havenbedrijf aangaat.

18. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen “faciliteert” en promoot deze mogelijkheid van storten in “De Slufter”.

Uit de feitelijke omstandigheden blijkt de reden waarom het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen de piste “De Slufter” wou aanmoedigen. In het voormelde arrest nr. 240.797 van 22 februari 2018 verwoordde de Raad het als volgt:

“Voorts kan niet worden ontkend dat, zoals de aanbestedende overheid in de bestreden beslissing [de beslissing van 22 februari 2015 van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot gunning van de opdracht ‘Baggerproject Antwerpse Scheepswerf (Hansadok)’ op basis van het Bestek B10246, aan inschrijver de bv Martens en Van Oord] ook aangeeft, het voor de [bv Martens en Van Oord] 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.’.”

Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen meende dan ook dat de piste “De Slufter” hem lagere prijzen voor de baggerwerken zou opleveren. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen was ervan overtuigd dat het “faciliteren” van deze piste, hem een ruim financieel voordeel opleverde wat zo uit de feiten is gebleken.

In die zin verkrijgt het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen wel een – in de feiten substantieel financieel – voordeel uit de bergingsovereenkomst wat uiteraard de bedoeling van zijn faciliterende inspanning is.

Het “faciliteren” heeft juridisch de vorm aangenomen van de voormelde bestekbepalingen. De bergingsovereenkomst, het EVOA-contract en de toelating van OVAM zijn de demarches van het Gemeentelijk Havenbedrijf

Antwerpen zelf om de inschrijvers “te leiden” naar het gebruikmaken van de piste “De Slufter”.

19. De bergingsovereenkomst samen genomen met het EVOA-contract laten zich hier ook om de volgende redenen als een overheidsopdracht kwalificeren.

Luidens artikel 5 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ is een overheidsopdracht voor aanneming van diensten “de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft op in bijlage 2 bij deze wet vermelde diensten”.

Het gaat hier om een overeenkomst onder bezwarende titel. De prestaties van de ene en de andere partij vormen de essentiële delen van de rechtsfiguur.

In de bergingsovereenkomst engageert de nv Havenbedrijf Rotterdam zich door het aanbod van een prijs voor de ontvangst en verwerking van de baggerspecie en het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot de opname van een betalingsovereenkomst in de overeenkomst inzake de baggerwerken waardoor de nv Havenbedrijf Rotterdam haar prijs ontvangt; voorts wordt in de bergingsovereenkomst voorzien dat het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen geen plicht heeft tot aanleveren en geen vergoeding verschuldigd is indien geen baggerspecie wordt aangevoerd. In het EVOA-contract verbindt de nv Havenbedrijf Rotterdam zich tot ontvangst en verwerking van de baggerspecie en het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot terugname in bepaalde gevallen en volgens bepaalde procedures.

Hierbij mag ook worden opgemerkt dat de prijs die het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen zal betalen aan de inschrijver die

gebruikmaakt van “De Slufter”, vastgesteld zal zijn met verrekening van de door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen met de nv Havenbedrijf Rotterdam bedongen prijs. In wezen is het het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen dat de diensten, die het zelf tot in de details heeft afgesproken met de nv Havenbedrijf Rotterdam, aan deze laatste zelf betaalt. De diensten van “De Slufter” zijn in realiteit rechtstreeks geleverd aan het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen waarbij de rol van de inschrijver wat overbrengen van de baggerspecie betreft, eerder die van uitvoerder is van de buiten hem tot stand gekomen bergings-overeenkomst dan die van autonome dienstverlener bij dat aspect van de baggerovereenkomst.

Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen verdwijnt voorts niet uit de bergingsovereenkomst eenmaal de inschrijver op de baggeropdracht zich juridisch met de betalingsovereenkomst verbindt en de baggerspecie deponeert in “De Slufter”. Zoals blijkt uit TWB1 en TWB2 heeft het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen het noodzakelijk geacht van de inschrijver van de baggerwerken te eisen dat deze hem vrijwaart wat de verbintenissen uit de bergingsovereenkomst en de OVAM-toelating betreft, tegenover de nv Havenbedrijf Rotterdam en OVAM wat beduidt dat het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen zich alsdan nog steeds verbonden acht.

De omstandigheid dat de inschrijver van de baggerwerken de vrije keuze zou hebben om gebruik te maken van “De Slufter” doet niet anders besluiten. De bergingsovereenkomst is hoe dan ook gesloten.

Dat de baggerspecie eigendom wordt van de uitvoerder van de baggeropdracht, doet evenmin anders oordelen, alleen al omdat het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen zich heeft verbonden toen het eigenaar was van de baggerspecie.

Het feit dat het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen zich borg heeft gesteld, weliswaar tegenover OVAM, is evenzeer een element dat erop

wijst dat het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen in het geheel van de rechtsfiguur verbonden blijft.

20. Er moet geen prejudiciële vraag worden gesteld aan het Hof van Justitie zoals het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen heeft voorgesteld.

Deze vraagstelling heeft het niet aangebracht wat het middelonderdeel betreft, maar wel in het kader van de ontvankelijkheid waar ze niet dienstig was. Voorts lijkt deze vraag uit te gaan van de hypothese dat te dezen het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen niet de begunstigde en de betaler van de diensten van de nv Havenbedrijf Rotterdam zou zijn, terwijl, zoals hiervoor is geoordeeld, het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen hier in wezen mag worden beschouwd als de in de feiten rechtstreeks begunstigde. Ten slotte wordt deze vraag, die al gesteld kon worden in de memorie van wederantwoord, pas in haar derde laatste memorie aangevoerd wat vragen kan doen rijzen bij de procesvoering van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

21. Het middelonderdeel is gegrond.

VI. Rechtsplegingsvergoeding

22. Er kan niet worden ingegaan op de vraag van de verzoekende partij in de laatste memorie van 9 augustus 2018 om de verwerende partij te veroordelen tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding. Het koninklijk besluit van 28 maart 2014 ‘betreffende de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973’ is, gelet op zijn artikel 9, slechts van toepassing op de annulatieberoepen ingediend vanaf 2 april 2014.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het Havenbedrijf Antwerpen tot goedkeuren en sluiten van de bergingsovereenkomst met de nv Havenbedrijf Rotterdam voor het storten van de baggerspecie afkomstig uit de verdiepingsbaggerwerken ter hoogte van het Antwerps dokken-complex Rechteroever 4^{de} Havendok.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkommst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 januari 2019, 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