RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 199.433 van 12 januari 2010
in de zaken A. 101.052/XII-2974.
A. 133.444/XII-3787.

In zake : 1. de NV ANTWERPSE BOUWWERKEN,
2. de NV HERBOSCH-KIERE,
samen vormend de tijdelijke vereniging
ANTWERPSE BOUWWERKEN NV & HERBOSCH-KIERE NV,
die woonplaats kiezen bij
advocaat L. Van Hout,
kantoor houdende te Berlaar,
Markt 78

tegen :

1. de INTERCOMMUNALE VOOR ONTWIKKELING VAN HET GEWEST MECHELEN EN OMGEVING CVBA (IGEMO),
2. de INTERCOMMUNALE ONTWIKKELINGS-MAATSCHAPPIJ VOOR DE KEMPEN CV (IOK),

die woonplaats kiezen bij
advocaat D. D'Hooghe,
kantoor houdende te Brussel,
Loksumstraat 25.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Antwerpse Bouwwerken en de nv Herbosch-Kiere, samen vormend de tijdelijke vereniging Antwerpse Bouwwerken nv & Herbosch-Kiere nv, op 28 februari 2001 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van "het besluit van de verwerende partijen, zoals dit vervat ligt in (de bijlagen van) hun aangetekende brief d.d. 13 december 2000 (met poststempel 29 december 2000),

- waarbij enerzijds beslist werd de Tijdelijke Vereniging Herhof-Recycal op grond van de gunningscriteria zoals vermeld in het Bijzonder Bestek als meest voordelige en regelmatige inschrijver te weerhouden voor de overheidsopdracht inzake de aanneming van werken en diensten bij wege van algemene wedstrijdofferteaanvraag betreffende het 'ontwerp, bouw en exploitatie van een mechanisch-biologische scheidingsinstallatie voor de verwerking van 150.000 ton huishoudelijk restafval en vergelijkbaar bedrijfsafval per jaar' te Geel en

- waarbij anderzijds beslist werd deelopdracht 1 'het opstellen van de bouwvergunningsaanvraag' toe te wijzen ('te gunnen') aan voornoemde Tijdelijke Vereniging Herhof-Recycal",

alsook “bij wege van gevolgtrekking” de nietigverklaring van “het (impliciete) besluit van de verwerende partijen waarbij beslist werd de offerte van verzoekende partijen niet als meest voordelige regelmatige te weerhouden en waarbij beslist werd de kwestieuze overheidsopdracht/deelopdracht(en) niet toe te wijzen aan verzoekende partijen”; (A. 101.052)

Gezien het verzoekschrift dat dezelfde verzoekende partijen op 26 februari 2003 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van de verwerende partijen d.d. 29 november 2002 resp. 17 december 2002,

> “- waarbij beslist werd, in het kader van de wedstrijd-offerteaanvraag uitgeschreven overeenkomstig het Bijzonder Bestek met project nr. 08998160/SWE, de deelopdracht 2 ‘bouw van de installatie’ toe te wijzen (‘te gunnen’) aan de Tijdelijke Vereniging Herhof-Recycal”,

alsook “bij wege van gevolgtrekking” de nietigverklaring van “het (impliciete) besluit van de verwerende partijen waarbij beslist werd de offerte van verzoekende partijen niet als meest voordelige en regelmatige te weerhouden en waarbij beslist werd de kwestieuze deelopdracht 2 ‘bouw van de installatie’ niet toe te wijzen aan verzoekende partijen”; (A. 133.144)

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien de verslagen opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikkingen van 20 december 2005 en van 8 juni 2006 die de neerlegging ter griffie van de verslagen en van de dossiers gelast;

Gelet op de kennisgeving van de verslagen aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikkingen van 11 mei 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 juni 2009, die alsdan naar 22 september 2009 wordt uitgesteld;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. Van Hout, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat N. Kiekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De samenvoeging van de zaken

1. De zaken A.101.052/XII-2974 en A. 133.444/XII-3787 betreffen ontwerp en bouw van dezelfde installatie. Voorts voeren de verzoekende partijen in beide zaken vier identieke middelen aan, zij het dat in de zaak A. 133.444/XII-3787 in het inleidend verzoekschrift nog een vijfde middel wordt aangevoerd dat echter juist betrekking heeft op het nauwe verband tussen de beide zaken.

Gelet op deze vaststellingen is het in het belang van een goede rechtsbedeling dat, zoals de verzoekende partijen vragen, de beide zaken worden samengevoegd.

De gegevens van de zaken

2. De verwerende partijen schrijven een algemene offerteaanvraag in de vorm van een wedstrijd uit voor het "ontwerp, de bouw en eventuele exploitatie van een mechanisch-biologische scheidingsinstallatie voor de verwerking van 150 000 ton huishoudelijk restafval en vergelijkbaar bedrijfsafval per jaar". De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 17 december 1999.

3. De administratieve bepalingen van het bestek luiden onder meer :

"De opdracht omvat inzonderheid drie van elkaar te onderscheiden deelopdrachten:

- Deelopdracht 1 omvat het opstellen van de bouwvergunningsaanvraag

- Deelopdracht 2 omvat de bouw van de installatie met o.a. volgende installatieonderdelen: ontvangst en registratie van afval, mechanische voorbehandeling, biologische behandeling, scheiding in diverse output-stromen, met inbegrip van alle noodzakelijke en bijbehorende technische ruimtes, nutsvoorzieningen, controlekamer, basis-personeelsvoorzieningen (sanitair, refter, kleedkamers, ...)
- Deelopdracht 3 omvat de exploitatie van de installatie.

De toewijzing van de opdracht houdt in eerste instantie enkel de toewijzing in van de eerste deelopdracht. Voorafgaandelijk aan de toewijzing van de tweede en derde deelopdracht zal er een afzonderlijke kennisgeving gebeuren".

Het bestek bepaalt voorts nog het volgende :

"Het staat de opdrachtgevende besturen vrij om, na de uitvoering van de eerste of de tweede deelopdracht aan de opdracht geen verder gevolg te geven en om desgevallend de exploitatie hetzij geheel of gedeeltelijk zelf uit te voeren, hetzij via een nieuwe gunningsprocedure afzonderlijk toe te wijzen.

De inschrijvers kunnen geen aanspraak maken op enige schadevergoeding, wanneer, na de uitvoering van de eerste of tweede deelopdracht, de uitvoering van de opdracht wordt stopgezet en de volgende deelopdracht(en), hetzij door de opdrachtgevende besturen word(t)(en) uitgevoerd, hetzij via een nieuwe gunningsprocedure aan een derde worden toevertrouwd".

In een terechtwijzend bericht van 7 maart 2000 wordt de volgende verduidelijking gegeven bij deze besteksbepalingen :

"In de administratieve bepalingen van het bestek wordt uitdrukkelijk aangegeven dat de opdracht drie opeenvolgende, van elkaar te onderscheiden deelopdrachten omvat. Deze indeling is opgemaakt in de functie van de gefaseerde gunning in de tijd. Het staat de opdrachtgevende besturen vrij om na de uitvoering van de eerste en/of de tweede opdracht geen verder gevolg te geven en om desgevallend de exploitatie hetzij geheel of gedeeltelijk zelf uit te voeren, hetzij via een nieuwe gunningsprocedure uitdrukkelijk toe te wijzen. De delen kunnen als dusdanig niet beschouwd worden als zijnde afzonderlijke percelen in de zin van artikel 18, alinea 2 van de Wet en er kan dus niet worden ingeschreven op slechts één of twee deelopdrachten. Een dergelijke inschrijving zal onontvankelijk worden verklaard".

4. De gunningscriteria worden als volgt omschreven in het bestek :

"De jury kiest bij toepassing van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten de regelmatige offerte die hun het voordeligst lijkt met inachtneming van de volgende gunningscriteria:

		Belang van het criterium
1.	Investeringskost van de installatie	25 %
2.	Exploitatiekost van de installatie	20 %
3.	Technische kwaliteit van de aangeboden installatie, in het bijzonder: * De toegepaste procestechnieken * De toegepaste emissiebeperkende technieken * De door de inschrijver geboden garanties op het bekomen van de gewenste kwaliteit van de outputstromen in functie van hun respectievelijke afzetmogelijkheden * De flexibiliteit die de installatie biedt met betrekking tot eventuele variërende input, gewenste outputkwaliteit en eventueel strenger wordende wettelijke richtlijnen * Het door de inschrijver voorgestelde concept voor de afzet van de outputstromen * Duurzaamheid * Veiligheid * Het functioneel en gebruiksvriendelijk karakter van de aangeboden installatie * Het aantal toetsbare referenties in gelijkaardige (d.w.z. naar aard van het te verwerken product, te realiseren outputstromen en outputkwaliteit, en naar capaciteit) afvalverwerkingsinstallaties die de inschrijver reeds heeft gerealiseerd en geëxploiteerd.	50 %
3.	* De uitvoeringstermijn * Opmaak van de offerte en zijn bijgevoegde documentatie in functie van de gevraagde specificaties	5 %

”;

Verder voorziet het bestek nog in de mogelijkheid voor de juryleden om “een referentiebezoek af te leggen aan een gelijkaardige installatie die door de inschrijver werd gerealiseerd in Europa”.

5. De offertes worden geopend op 23 juni 2000, en zijn afkomstig van drie inschrijvers :

- de tijdelijke vereniging Antwerpse Bouwwerken nv & Herbosch-Kiere nv,
- de tijdelijke vereniging nv Van Roey sa - nv VAM - België - Grondmij Beheer Reststoffen projecten bv,
- de tijdelijke vereniging Herhof-Recycal.

6. Betreffende uitgevoerde referentiebezoeken zijn, wat de verzoekende partijen betreft, de vaststellingen in het eindverslag van de jury van 15 november 2000 grotendeels negatief. Betreffende de tijdelijke vereniging Herhof-Recycal worden daarentegen door de jury hoofdzakelijk positieve vaststellingen gedaan.

7. In dit eindverslag wordt de offerte van de tijdelijke vereniging Herhof-Recycal op de eerste plaats gerangschikt met 764 punten op 1000. De offerte van de verzoekende partijen komt op de tweede plaats met 734 punten op 1000. Dienvolgens adviseert de jury om de opdracht te gunnen aan de tijdelijke vereniging Herhof-Recycal.

8. De raad van bestuur van IGEMO en de raad van bestuur van IOK beslissen respectievelijk op 17 november 2000 en 21 november 2000 om de deelopdracht 1, “het opstellen van de bouwvergunningsaanvraag” toe te wijzen aan de tijdelijke vereniging Herhof-Recycal.

Bij brief van 13 december 2000, echter pas aangetekend verzonden op 29 december 2000, wordt deze beslissing aan de verzoekende partijen meegedeeld.

9. Tegen deze beslissing wordt op 28 februari 2001 het annulatieberoep gekend onder het rolnummer A. 101.052/XII-2974 ingesteld.

10. Volgens de verwerende partijen zijn in mei 2002 de bouw- en milieuvergunningen verkregen.

11. Op 29 november 2002 en 17 december 2002 beslissen respectievelijk de raad van bestuur van IGEMO en de raad van bestuur van IOK om ook de deelopdracht 2, “bouw van de installatie”, aan de tijdelijke vereniging Herhof-Recycal toe te wijzen.

12. Tegen deze beslissing wordt op 26 februari 2003 het annulatieberoep met rolnummer A.133.444/XII-3787 ingesteld.

*De ontvankelijkheid van de beroep*en

13. In beide zaken werpen de verwerende partijen een exceptie op betreffende het voorwerp van het beroep. Zij stellen dat de vordering tot nietigverklaring van het impliciete besluit van de verwerende partijen waarbij beslist werd de offerte van verzoekende partijen niet als de meest voordelige regelmatige te weerhouden en waarbij beslist werd de kwestieuze overheidsopdrachten niet toe

te wijzen aan verzoekende partijen, overeenkomstig de vaste rechtspraak van de Raad van State als onontvankelijk dient te worden afgewezen.

14. Aangezien hieronder zal blijken dat geen van de middelen wordt aanvaard, is er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen.

De gegrondheid van de beide beroepen

15. De verzoekende partijen voeren in de beide zaken in de eerste plaats vier identieke middelen aan. De verwerende partijen repliceren daarop in beide zaken op woordelijk dezelfde wijze. Die vier middelen zullen hierna dan ook voorwerp zijn van één beoordeling.

16. Van het *eerste middel* wordt door de verzoekende partijen in hun laatste memorie uitdrukkelijk afstand gedaan.

17. De verzoekende partijen steunen een *tweede middel* op schending van "het Bijzonder Bestek Projectnr. 08998160/SWE - 21/12/99 (inzonderheid Deel III artikel 8.2.5.1., Deel III, artikel 5 juncto Deel III, artikel 8.2.5.1., Deel XI artikel 2.3.6., Deel III artikel 3.2, Deel IV, Deel I p. 11 juncto, Deel III, artikel 1 en artikel 2.1. en Deel I p. 15)", van "artikel 110 § 1, eerste lid juncto artikel 89 van het K.B. d.d. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken en bijgevolg [...]de schending van artikel 16 van de Wet d.d. 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten", van "essentiële (technische en administratieve) besteks-bepalingen - afgeleid uit de schending van artikel 16 van de Wet d.d. 24 december 1993". Zij onderbouwen dit middel als volgt :

> "Doordat met het aangevochten besluit en met het juryverslag waarop het aangevochten besluit voorhoudt steun te vinden, de offerte van de Tijdelijke Vereniging Herhof-Recycal, dewelke nochtans afwijkt van essentiële technische en administratieve besteksbepalingen inzonderheid m.b.t. de in het middel aangehaalde voorschriften inzake de toegelaten immissieconcentratie, inzake de vereiste van een biofilter, inzake het inclusief karakter van alle directe en indirecte belastingen verbonden aan de exploitatie, inzake de bieding voor de bouwkundige werken en omgevingswerken, inzake de voorziening van een sas, inzake de resultaatsverbintenis, inzake de garantie-definitieve oplevering, toch als regelmatig wordt beschouwd en de kwestieuze overheidsopdracht, [...], aldus wordt toegewezen aan een inschrijver die een onregelmatige offerte heeft ingediend.

Terwijl op grond van de artikelen 110, § 2, eerste lid en 89 van het K.B. d.d. 8 januari 1996, een offerte die afwijkt van essentiële technische en administratieve besteksbepalingen, als onregelmatig moet worden afgewezen, zodat op grond van artikel 16 van de Wet d.d. 24 december 1993 de inschrijver die zulke offerte heeft ingediend, niet voor toewijzing van de kwestieuze overheidsopdracht noch voor de deelopdrachten in aanmerking kan komen".

In de toelichting bij het middel betogen zij dat de gekozen offerte afwijkt van een aantal essentiële besteksbepalingen, onder meer

"[...]
- Wat de minimale voorwaarden van de opdracht betreffen waarvan de technische invulling moet worden nageleefd door de inschrijver :
• zo wordt in de offerte van de Tijdelijke Vereniging Herhof-Recycal een geurimmissieconcentratie volgens Duitse norm van 1GE/m2 (4) op 500 m van de installatie opgegeven, wat flagrant in strijd is met het voorschrift van Deel III, artikel 8.5.2.1. van het Bijzonder Bestek dat uitdrukkelijk een maximaal toegelaten geurimmissieconcentratie volgens Nederlandse norm NVN 2820 van 1ge/m2 als 98-percentiel op 500 m van de installatie oplegt.
[...]
(4)GE d.w.z. grote G en grote E, zijnde een Duitse norm die het 10-voudige bedraagt van de in het Bijzonder Bestek opgelegde Nederlandse norm NVN 2820 uitgedrukt in ge d.w.z. kleine g en kleine e !".

In hun memorie van wederantwoord betogen de verzoekende partijen nog wat volgt :

"Zo kunnen de verwerende[n] partijen verder bezwaarlijk betwisten dat de in de offerte van de weerhouden inschrijver opgegeven geurimmissie-concentraten niet alleen werd uitgedrukt volgens de Duitse geuréénheid (GE) i.p.v. volgens de voorgeschreven Nederlandse norm (ge), maar vooral dat deze Duitse geureenheid (GE) gelijk is aan ongeveer 10 geuréénheden (ge) volgens de Nederlandse norm. Het betreft m.a.w. niet -zoals de verwerende partijen onder punt 66 van hun memorie van antwoord willen doen geloven- een loutere uitdrukking in een andere éénheid. Het is daarentegen zo dat vermits niet betwist wordt dat in de offerte van de weerhouden inschrijver een maximaal toegelaten [geurimmissieconcentraat] van 1GE/m2 als 98-percentiel op 500 m wordt opgegeven, deze concentratie alleszins 10 maal hoger ligt dan degene die maximaal wordt getolereerd in de specificaties van het bijzonder bestek. Het is trouwens frappant te moeten vaststellen dat de verwerende partijen weliswaar -terecht- opmerken dat de Duitse geuréénheid GE gemakkelijk kan omgezet worden naar de Nederlandse éénheid ge, maar dat zij geen gewag maken van het resultaat en gevolg van zulke omzetting t.a.v. de offerte van de weerhouden inschrijver".

18. In beide zaken verklaren de verzoekende partijen in hun laatste memorie echter dat zij afstand doen van het betrokken annulatiemiddel, behoudens "wat betreft de problematiek van de in het tweede middel behandelde geurimmissieconcentratie". Zij betogen vervolgens in hun laatste memorie :

"Verzoekende partijen doen desbetreffend in de eerste plaats gelden [...]dat het Bijzonder Bestek wel degelijk onder III.8.2.5.1. (p. 17-18) oplegt dat een installatie moet worden aangeboden die beantwoordt aan de in het Bijzonder Bestek voorgeschreven maximaal toegelaten geurimmissieconcentratie volgens Nederlandse norm NVN2820 van 1ge/m³ als 98 - percentiel op 500m van de installatie.

[...]

Verzoekende partijen doen in de tweede plaats gelden [...] dat de weerhouden inschrijver Herhof-Recycal wel degelijk een offerte heeft aangeboden die geenszins beantwoordt aan de voornoemde in het Bijzonder Bestek opgelegde maximaal toegelaten immissieconcentratie overeenkomstig de methodes en definities van de hiervoor aangehaalde in het Bijzonder Bestek gehanteerde Nederlandse norm NVN 820.

Verzoekende partijen verwijzen dienaangaande bovendien naar het juryverslag waarop de bestreden beslissing voorhoudt steun te vinden en dat wat dat betreft als volgt luidt:

'(...) T.V. AB-HK (verzoekende partijen)
- geurimmissie (...) immissie bij 98 percentiel: 1ge
afstand: 500m (...)

T.V. VR-GM
- geurimmissie (...) immissie bij 98 percentiel: 1ge
afstand: 650m (...)

T.V. HE RE (de weerhouden inschrijver Herhof-Recycal)
- geurimmissie (...) immissie bij 98 percentiel: 1GE
afstand: 500m (...)'.

[...]

Verzoekende partijen doen verder nog gelden dat wat daarenboven wel vaststaat is dat, zoals op onweerlegbare wijze blijkt uit het reeds aangehaalde juryverslag waarop de bestreden beslissing voorhoudt steun te vinden, de verwerende partijen zonder meer en zonder enige doorgevoerde vergelijking, de offerte van de weerhouden inschrijver Herhof-Recycal en deze van verzoekende partijen hebben gelijkgesteld op het vlak van de aangeboden geurimmissieconcentratie, door eersten uitgedrukt in 1GE en door de laatsten uitgedrukt in 1ge".

De verzoekende partijen wijzen vervolgens op het onderscheid tussen de eenheid "GE" in hoofdletters geschreven en de eenheid "ge" in kleine letters geschreven. "GE" in hoofdletters geschreven betreft volgens de verzoekende partijen een Duitse geurnorm, die "het tienvoudige bedraagt van de in het Bijzonder Bestek opgelegde Nederlandse norm NVN 2820", die wordt uitgedrukt door middel van "ge" in kleine letters. De verzoekende partijen betogen dat, door deze eenheden door elkaar te gebruiken, een objectieve vergelijking van de offertes in het gedrang komt. Zij stellen voorts dat: "hoe men de zaak ook draait of keert, de in de offerte

van de weerhouden inschrijver aangeboden geurimmissieconcentratie bij 98 percentiel, namelijk 1GE op een afstand van 500m [bedraagt] alleszins een veelvoud [...] van de in het Bijzonder Bestek toegelaten maximale geurimmisieconcentratie". De verzoekende partijen vragen ten slotte de aanstelling van een deskundige teneinde de Raad van State voor te lichten betreffende "de omzetting van de kwestieuze Duitse norm uitgedrukt in GE naar de norm zoals gevraagd in het Bijzonder Bestek".

19. De verzoekende partijen voeren hun procedure op een wijze die het de verwerende partij in haar verweer en de Raad van State in zijn beoordeling moeilijk maakt. Eerst wordt een erg uitvoerig middel aangebracht met een aantal grieven, waarop de verwerende partij zich verdedigt. Het aantal grieven maakt dat redelijkerwijze elke grief op zichzelf wat minder aandacht krijgt dan indien er maar één was. Vervolgens breiden de verzoekende partijen die grieven uit in hun memorie van wederantwoord en doen zij ten slotte in hun laatste memorie afstand van de meeste grieven maar ondersteunen uitvoerig de grief -te dezen die betreffende de geurimmissie- die zij handhaven.

De verzoekende partijen hebben zich met die grief in hun verzoekschrift ertoe beperkt te verwijzen naar het gebruik van de "GE"-norm in plaats van de in het bestek geëiste "ge"-norm en enkel in een voetnoot geaffirmeerd dat de Duitse norm het tienvoudige bedroeg van de Nederlandse. Uit die -niet door verwijzingen naar wetenschappelijke literatuur of deskundigenverklaringen gestaafde- bewering is in het verzoekschrift nog niet duidelijk de conclusie getrokken die in de memories wordt aangebracht namelijk dat de maximale geurimmissieconcentratie in de gekozen offerte is overschreden. De verwerende partij heeft zich aldus in haar memorie van antwoord dan ook maar beperkt verweerd, namelijk betreffende de gemakkelijk te herberekenen verhouding tussen de twee normen.

Het was aan de verzoekende partijen om het betrokken middelonderdeel van in het verzoekschrift nader uit te werken -ook technisch. Zoals het middelonderdeel in het verzoekschrift is verwoord, is het niet ontvankelijk. De latere ontwikkeling ervan kan dat niet verhelpen. Het middel wordt verworpen en de aanstelling van een deskundige is meteen niet meer dienstig.

20. In een *derde middel* voeren de verzoekende partijen de schending aan van “artikel 110, § 2, lid 1 juncto artikel 89 van K.B. d.d. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”, van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheids-beginsel, het beginsel inzake de vereiste gelijke behandeling onder de inschrijvers, het algemeen beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’”, van “de artikelen 2 en 3 van de Wet d.d. 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en bijgevolg [...] van artikel 16 van de Wet d.d. 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”. Zij doen hiertoe het volgende gelden :

> “Doordat in het juryverslag, waarnaar het aangevochten besluit verwijst en waarop het voorhoudt steun te vinden ofwel niet wordt opgemerkt dat de offerte van de Tijdelijke Vereniging Herhof-Recycal de op straffe van nietigheid voorgeschreven voorschriften niet naleeft, dan wel afwijkt van essentiële besteksbepalingen - wat in hoofde van de verwerende partijen blijk geeft van onzorgvuldigheid - ofwel toch uitdrukkelijk wordt opgemerkt dat die offerte op diverse punten afwijkt van essentiële besteksbepalingen, maar de offerte van de Tijdelijke Vereniging Herhof-Recycal desondanks toch als regelmatig wordt weerhouden en haar zelfs de (deel)opdracht wordt toegewezen - hetwelk dan in ieder geval in hoofde van de verwerende partijen blijk geeft een foutieve en/of kennelijk onredelijke beoordeling, die bovendien niet is gestoeld op een zorgvuldige, objectieve en onpartijdige beoordeling - van de offertes.
>
> Terwijl, op grond van de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en algemene beginselen, de keuze van de voordeligste regelmatige offerte dient te geschieden op basis van een zorgvuldig onderzoek van de offertes die op gelijke en onpartijdige wijze moeten worden getoetst aan de op straffe van nietigheid voorgeschreven en/of essentiële (technische en administratieve) besteks-bepalingen en terwijl een offerte die na zulk onderzoek niet blijkt te beantwoorden aan die besteksvereisten als nietig, dan wel als onregelmatig moet afgewezen worden en niet in aanmerking kan komen voor toewijzing van de opdracht.
>
> En terwijl bestuurshandelingen moeten berusten op in feite juiste en in rechte pertinente motieven”.

21. In beide zaken verklaren de verzoekende partijen in hun laatste memorie dat zij “afstand doen van het middel, behoudens wat betreft de problematiek van de in het tweede middel behandelde geurimmissieconcentratie”.

22. De inhoudelijke kritiek die in het derde middel wordt gehandhaafd betreft de “in het tweede middel behandelende” geurimmissieconcentratie. Hiervoor is gebleken dat de verzoekende partijen die kritiek niet ontvankelijk hebben

aangebracht. Het hier besproken middel kan zich dienvolgens evenmin op ontvankelijke wijze daarop steunen.

23. De verzoekende partijen voeren als *vierde middel* de schending aan van "de artikelen 2 en 3 van de Wet d.d. 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen", van "de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel inzake de vereiste gelijke behandeling onder de inschrijvers" en van "artikel 16 van de Wet d.d. 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten", van "het Bijzonder Bestek Projectnr. 08998160/SWE-21/12/99 (inzonderheid Deel I, p. 10 en p. 18 en 19) en [...] van het beginsel 'patere legem quam ipse fecisti'" en steunen het middel ten slotte op "machtsoverschrijding".

Zij onderbouwen dit middel als volgt :

> "Doordat met het aangevochten besluit en met het juryverslag waarop het besluit voorhoudt steun te vinden, de offerte van de Tijdelijke Vereniging Herhof-Recycal op grond van de in het Bijzonder Bestek vermelde gunnings-criteria als meest voordelige (en regelmatige) inschrijver wordt beoordeeld en haar de kwestieuze (deel)opdracht wordt toegewezen, alhoewel deze gunstige beoordeling foutief is en/of geen steun vindt in het administratief dossiers en alleszins niet berust op een redelijke, zorgvuldige, objectieve, deskundige en onpartijdige beoordeling en vergelijking van de offertes en waarbij bovendien de afwijkingen op (essentiële) besteksbepalingen van de offerte van de Tijdelijke Vereniging Herhof-Recycal niet of minimaal worden bestraft en de bestekconforme uitvoering door verzoekende partijen niet in verhouding wordt beloond.
>
> En doordat met het aangevochten besluit en met het juryverslag waarop het besluit voorhoudt steun te vinden, de offerte van de Tijdelijke Vereniging Herhof-Recycal als meest voordelige (en regelmatige) inschrijver wordt beoordeeld en haar de kwestieuze (deel)opdracht wordt toegewezen, zonder dat de verwerende partijen alle noodzakelijke waarderingselementen van het gunningscriterium 'technische kwaliteit van de aangeboden installatie' bij hun beoordeling hebben betrokken.
>
> Terwijl, op grond van de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en algemene beginselen, de keuze van de voordeligste (regelmatige) offerte dient te geschieden op basis van een redelijk, zorgvuldig, objectief, deskundig en onpartijdig onderzoek van de inschrijvingen en een dito vergelijking ervan in het licht van al de in het Bijzonder Bestek vermelde gunningscriteria.
>
> En terwijl de verwerende partijen het niet vermogen, op gevaar af het Bijzonder Bestek en de regels die ze zichzelf hebben opgelegd te schenden, bij hun beoordeling van de gunningscriteria slechts op selectieve wijze een aantal en niet alle waarderingselementen te betrekken.

En terwijl de beslissing tot toewijzing van een overheidsopdracht slechts wettig tot stand komt in zoverre alle offertes op gelijke wijze worden getoetst aan alle gunningscriteria en in zoverre de eindbeoordeling de correcte weerslag is van een juiste en redelijke toetsing van die offertes aan de betrokken gunningscriteria".

Vervolgens bekritiseren de verzoekende partijen de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria zoals uitgevoerd door de verwerende partijen. Zij hekelen de toepassing van de gunningscriteria "investeringkosten van de installatie", "exploitatiekost", "technische kwaliteit van de aangeboden installatie" en al haar subcriteria en het criterium "uitvoeringstermijn en opmaak van de offerte".

24. In het auditoraatsverslag wordt het vierde middel in zijn geheel verworpen. In hun laatste memorie betogen verzoekende partijen dat zij "de in hun memorie van wederantwoord ontwikkelde argumentatie handhaven" aangezien zij "wel degelijk onderbouwd [was] door precieze en wel omschreven gegevens". Voorts komen de verzoekende partijen enkel nog op substantiële wijze terug op de wezenlijke impact van het subcriterium "emissiebeperkende technieken", bij de vergelijking tussen de offertes. De conclusies van het auditoraatsverslag betreffende het middel luiden :

" vierde middel
Hier oefenen verzoeksters kritiek uit op de beoordeling van de offertes aan de hand van de in het bestek bepaalde gunningscriteria.

Inzake de kritiek betreffende de evaluatie van de investeringskosten van de installatie en van de exploitatiekost wordt verwezen naar de bespreking van het eerste middel.

Inzake de kritiek betreffende de evaluatie van de technische kwaliteit dient opgemerkt dat het niet aan verzoeksters toekomt te bepalen welke de gunningscriteria dienen te zijn, nu verwerende partijen in het bestek bepaald hebben, 'in het bijzonder' op welke deelcriteria het gunningscriterium van de technische kwaliteit van de aangeboden installatie zou geëvalueerd worden : inderdaad, indien in het bestek 'in het bijzonder' negen deelcriteria worden vermeld om een bepaald criterium verdere vorm en inhoud te geven, kan het niet dat de beoordeling van dat criterium nog bijkomend zou geschieden op basis van een aantal niet in het bestek vermelde deelcriteria.

Wat de kritiek inzake de beoordeling van duurzaamheid en van de opmaak van de offerte betreft, wordt verwezen naar de bespreking van het eerste middel.

Wat de kritiek inzake de beoordeling van de referenties betreft, wordt vastgesteld dat daarin geen enkele schending of grief naar voor wordt gebracht, enkel een algemene opmerking, zonder concrete inhoud.

Wat de overige kritiek betreft, dient vastgesteld dat verzoeksters van de Raad van State blijkbaar verwachten dat hij de beoordeling van de jury van de

offertes van de voormelde tijdelijke vereniging en van verzoeksters zelf zou overdoen en zijn oordeel in de plaats zou stellen van het oordeel van de jury en van verwerende partijen.
Zoals verwerende partijen stellen, kan de Raad van State dat niet.

Daarbij komt dat zeker de verslaggever zich niet bevoegd acht om ter zake een oordeel te vellen, gelet op het technisch karakter van de kritiek. Dergelijke kritiek zou kunnen voorgelegd worden aan het oordeel van een deskundige maar vastgesteld wordt dat verzoeksters daarvan geen gewag maken en de aanstelling van een deskundige niet vragen, maar ook dat verzoeksters in hun kritiek louter poneren, zonder concreet uit te leggen en te argumenteren wat zij poneren, dat verzoeksters allerlei algemene gevolgtrekkingen maken uit hun poneren maar dat het niet duidelijk is waartoe die gevolgtrekkingen concreet leiden".

De Raad van State valt die zienswijze bij, des te meer aangezien de verzoekende partijen in hun laatste memorie zelfs geen poging hebben ondernomen om met argumenten in te gaan tegen de vaststellingen in het auditoraatsverslag en meer bepaald de conclusie dat het middel vaag en niet concreet onderbouwd is.

Het middel wordt niet aanvaard.

25. In de zaak A. 133.444/XII-3787 voeren de verzoekende partijen een *vijfde middel* aan, waarin de schending wordt opgeworpen van "de artikelen 10 en 11 van de Grondwet alsmede [...] van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel inzake de vereiste gelijke behandeling der inschrijvers en het zorgvuldigheidsbeginsel en bijgevolg [...]de schending van artikel 16 van de Wet d.d. 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten", van "het Bijzonder Bestek Projectnr. 08998160/SWE - 21/12/99 (inzonderheid Deel I, p. 10 en p. 18 en 19)" en van "het beginsel patere legem quam ipse fecisti".

Zij ontwikkelen dit middel als volgt :

"Doordat met het aangevochten besluit waarin wordt overwogen dat '(...) de opdracht drie opeenvolgende, van elkaar te onderscheiden deelopdrachten omvat, zijnde 1) deelopdracht 1, het opstellen van de bouwvergunnings-aanvraag, 2) deelopdracht 2, de bouw van de installatie en 3) deelopdracht 3, de exploitatie van de installatie (...)' de kwestieuze deelopdracht 2 'bouw van de installatie' wordt toegewezen aan de Tijdelijke Vereniging Herhof-Recycal, zonder (zorgvuldig) onderzoek van (al) de offertes in het licht van de in het Bijzonder Bestek vooropgestelde gunningscriteria en zonder onderlinge vergelijking van (al) de ingediende offertes.

Terwijl op grond van de in het middel aangehaalde grondwettelijke en wettelijke bepalingen en algemene beginselen en in zoverre de verwerende partijen de stelling (blijven) aanhouden dat elke deelopdracht onderscheiden is van de andere deelopdracht(en), alsdan de keuze van de voordeligste regelmatige offerte voor elke onderscheiden deelopdracht dient te geschieden op basis van een afzonderlijk en zorgvuldig onderzoek van al de ingediende offertes en na een voor elke onderscheiden deelopdracht afzonderlijke onderlinge vergelijking der ingediende offertes en zulks in het licht van de in het Bijzonder Bestek vooropgestelde gunningscriteria".

26. De verwerende partijen antwoorden hetgeen volgt :

"108. In het bestek wordt bepaald dat de opdracht inzonderheid drie van elkaar te onderscheiden deelopdrachten omvat (stuk 2, p. 5):
-Deelopdracht 1 omvat het opstellen van de bouwvergunningsaanvraag
-Deelopdracht 2 omvat de bouw van de installatie met o.a. volgende installatieonderdelen: ontvangst en registratie van afval, mechanische voorbehandeling, biologische behandeling, scheiding in diverse outputstromen, met inbegrip van alle noodzakelijke en bijhorende technische ruimtes, nutsvoorzieningen, controlekamer, basispersoneelsvoorzieningen (sanitair, refter, kleedkamers,...)
- Deelopdracht 3 omvat de exploitatie van de installatie.
Voorts wordt gesteld dat de toewijzing van de opdracht in eerste instantie enkel de toewijzing van de eerste deelopdracht inhoudt.
Bovendien bepaalt het bestek uitdrukkelijk:

> 'Het staat de opdrachtgevende besturen vrij om, na de uitvoering van de eerste of de tweede deelopdracht aan de opdracht geen verder gevolg te geven en om desgevallend de exploitatie hetzij geheel of gedeeltelijk zelf uit te voeren, hetzij via een nieuwe gunningsprocedure afzonderlijk toe te wijzen.
>
> De inschrijvers kunnen geen aanspraak maken op enige schadevergoeding, wanneer, na de uitvoering van de eerste of tweede deelopdracht, de uitvoering van de opdracht wordt stopgezet en de volgende deelopdracht(en), hetzij door de opdrachtgevende besturen word(t)(en) uitgevoerd, hetzij via een nieuwe gunningsprocedure aan een derde worden toevertrouwd'. (Bijzonder Bestek p. 6, stuk 2).

De deelopdrachten zijn dus niet onlosmakelijk met elkaar verbonden in die zin dat de opdrachtgevende besturen overeenkomstig het bestek na de toekenning van de eerste (of de tweede) deelopdracht nog steeds kunnen beslissen om hetzij geen gevolg te geven aan de procedure, hetzij zelf geheel of gedeeltelijk in te staan voor de uitvoering van de deelopdrachten, hetzij via een nieuwe gunningsprocedure deelopdracht 2 en/ of 3 toe te wijzen.

109. In casu hebben de opdrachtgevende besturen evenwel geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om hetzij aan deelopdracht 2 geen gevolg te geven, hetzij deze deelopdracht toe te kennen via het organiseren van een nieuwe gunningsprocedure.

Voor de gunning van de tweede deelopdracht wordt in de bestreden gunnings-beslissing verwezen naar het juryverslag inzake de algemene wedstrijdofferte-aanvraag d.d. 15 november 2000 dat betrekking had op de drie deelopdrachten gezamenlijk en worden de overwegingen ter motivering van de gunning van de eerste deelopdracht aan de Tijdelijke Vereniging Herhof-Recycal integraal hernomen en bevestigd. Bijgevolg is de bestreden gunningsbeslissing gesteund

op een grondig en gemotiveerd onderzoek van de ingediende offertes in het licht van de in het bijzonder bestek vooropgestelde gunningscriteria.
Vermits het juryverslag van 15 november 2000 de ingediende offertes op alomvattende wijze heeft onderzocht en beoordeeld, meer in het bijzonder voor wat de specifieke aspecten van de drie deelopdrachten betreft, kon het bestuur - voor wat de gunning van de tweede deelopdracht betreft - zich steunen op de bevindingen van het voormelde juryverslag".

De verzoekende partijen stellen in hun memorie van wederantwoord :

"Verzoekende partijen doen vooreerst opnieuw opmerken dat zowel uit de libellering van pagina 5 van deel 1 administratieve bepalingen van het Bijzonder Bestek als uit het terechtwijzend bericht nr. 08998160/DB0l kan en moet worden afgeleid dat de inschrijver wiens offerte als meest voordelige en regelmatige voor de opdracht wordt weerhouden op grond van de in het Bijzonder Bestek vooropgestelde gunningscriteria, de enige is die bij uitsluiting van de andere inschrijvers in aanmerking komt voor de toewijzing van deze opdracht en dus voor de toewijzing van de drie deelopdrachten in het bijzonder.

Verzoekende partijen doen terzake verder opmerken dat een en ander moet beoordeeld worden niet zozeer in het licht van de libellering van het bijzonder bestek waarnaar verwerende partijen verwijzen en trouwens al evenmin naar wat zij naar eigen zeggen hadden kunnen doen, maar wel op grond van de uiteindelijke juridische realiteit. Wat dit laatste betreft doen verzoekende partijen uitdrukkelijk gelden dat van zodra de eerste deelopdracht wordt gegund aan een welbepaalde inschrijver ook de andere deelopdrachten enkel en alleen aan die inschrijver kunnen worden toegewezen enerzijds en dat anderzijds in casu de verwerende partijen inderdaad de kwestieuze deelopdracht 2 aan de weerhouden inschrijver hebben toegewezen omdat ook de deelopdracht 1 aan deze inschrijver was toegewezen.

Verzoekende partijen doen dienaangaande dan ook gelden dat alleen al daarom de vernietiging van het besluit tot toewijzing van de eerste opdracht noodzakelijkerwijze de vernietiging met zich moet meebrengen van het besluit tot toewijzing van de tweede deelopdracht evenals van het gebeurlijk besluit tot toewijzing van de derde deelopdracht aan de betrokken inschrijver.

Verzoekende partijen doen tenslotte hieromtrent gelden dat zulks ook noodzakelijkerwijze voortvloeit uit het standpunt dat de verwerende partijen terzake zelf innemen en waarbij zij terzelfder tijd willen vooropstellen dat de deelopdrachten niet onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, terwijl toch de keuze van de weerhouden inschrijver voor de deelopdracht 2 wordt gemotiveerd op grond van het weerhouden van die inschrijver voor deelopdracht 1.

Indien overigens het standpunt van de verwerende partijen zou gevolgd worden - hetwelk dus zou veronderstellen dat inzonderheid de deelopdrachten 1 en 2 zouden kunnen worden toegewezen aan onderscheiden inschrijvers, quod non - zulks noodzakelijkerwijze de gegrondheid van het onderhavig vijfde middel met zich zou moeten meebrengen, vermits zulks immers veronderstelt dat ook elke deelopdracht het voorwerp moet uitmaken van een onderscheiden onderzoek van de offertes voor elk van de deelopdrachten afzonderlijk, hetwelk niet is geschied en wat overigens ook niet wordt betwist door de verwerende partijen".

27. In het auditoraatsverslag wordt aangesloten bij het verweer. Niettemin hernemen de verzoekende partijen in hun laatste memorie slechts woordelijk het inleidend verzoekschrift en de memorie van wederantwoord.

28. De Raad van State stelt vast dat het middel van een onjuist feitelijk standpunt vertrekt, als zouden voor deelopdracht 2 de offertes niet zijn vergeleken. Dit is wel het geval : de toewijzing van die opdracht is gebeurd op grond van het gunningsverslag dat betrekking had op de drie deelopdrachten. Uit de bespreking van de voorgaande middelen is voorts niet gebleken dat de keuze van de inschrijver onrechtmatig was.

Het middel is dienvolgens niet gegrond.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De zaken A. 101.052/XII-2974 en A. 133.444/XII-3787 worden gevoegd.

Artikel 2.

De beroepen worden verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de beide beroepen tot nietigverklaring, bepaald op 697,06 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twaalf januari 2010, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**