RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 223.239 van 23 april 2013
in de zaak A. 204.525/XII-6924

In zake: de NV DE BREE SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jo Blockeel
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Sofie Verlinden
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 c bus 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 april 2012, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van het Vlaamse Gewest […] Agentschap voor Natuur en Bos […] om (a) de overheidsopdracht voor het afvoeren van oud maaisel afkomstig uit ANB-domeinen in Vlaams-Brabant Regio Hageland, te gunnen aan de bvba F. Kennes, d.w.z. de gunningsbeslissing, en bijgevolg (b) deze overheidsopdracht niet te gunnen aan de nv De Bree Solutions […] d.w.z. de impliciete weigeringsbeslissing".

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 maart 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sofie Verlinden, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest 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 Vlaamse Gewest, agentschap voor Natuur en Bos, schrijft de overheidsopdracht “afvoeren van oud maaisel afkomstig uit de ANB-domeinen in Vlaams-Brabant – regio Hageland” uit. De gunningswijze is de

openbare aanbesteding. De opdracht wordt op 1 september 2011 in het Bulletin der Aanbestedingen bekendgemaakt.

Volgens het toepasselijke bestek nr. ANB/VB/RH/2011/4 is het voorwerp van de opdracht:

> "Het afvoeren van oud maaisel afkomstig van hooilanden in natuurreservaten en andere ANB-domeinen. Het materiaal is verplicht af te voeren naar een erkende composteerinstallatie. De aannemer treedt op als opdrachtgever en overbrenger van afvalstoffen conform art. 5.1.1.2 en 5.1.2.1. van VLAREA."

Onder de rubriek 'erkenning' wordt vermeld:

> "Erkend zijn als overbrenger van afvalstoffen, zoals bepaald in VLAREA art. 5.1.2.1., categorie 'Groenafval'."

Onder de hoofding 'Artikel 69, 69bis, 70 en 71. Kwalitatieve selectie' is vermeld:

> "De inschrijver toont zijn technische bekwaamheid aan door:
> 1. Een bewijs dat men op datum van de inschrijving erkend is als overbrenger van afvalstoffen, zoals bepaald in VLAREA art. 5.1.2.1., categorie 'Groenafval'.
> […]
> 3. Het voorleggen van een beschrijving van de maatregelen die de dienstverlener treft om een kwaliteitsvolle uitvoering van de opdracht te waarborgen: de afvoer naar een legale verwerkingsinstallatie is hierbij uiteraard een belangrijk gegeven;
> […]"

en

> "Om voor de gunning van de opdracht in aanmerking te komen, dient de inschrijver op basis van deze gegevens aan te tonen dat:
> 1. hijzelf en zijn onderaannemers over de nodige erkenningen beschikken.
> […]
> 3. hij afspraken/contracten heeft met een erkend composteringsbedrijf dat de afname van het maaisel garandeert."

3.2. Er worden zes offertes ingediend; de bvba F. Kennes dient de laagste offerte in en verzoekende partij de derde laagste.

3.3. Er wordt een aanbestedingsverslag opgesteld waarbij inzake de 'kwalitatieve selectie' het volgende wordt opgemerkt:

> "Om in aanmerking te komen voor de uitvoering van deze opdracht dient de inschrijver te beschikken over een erkenning als overbrenger van afvalstoffen conform VLAREA 5.1.2.1. categorie groenafval;
> De firma AgroAanneming cvba verklaart beroep te zullen doen op een onderaannemer voor het transport en de verwerking. De onderaannemer beschikt over de vereiste erkenning.
> Alle overige inschrijvers of hun onderaannemers beschikken eveneens over de gevraagde erkenning.
> Om in aanmerking te komen dienen de inschrijvers minstens één referentie van de laatste 3 jaar voor te leggen voor een bedrag vergelijkbaar met dat van de inschrijvingsprijs voor onderhavige opdracht.
> […]
> De inschrijvers dienen bij hun offerte een document te voegen waaruit blijkt dat zij afspraken hebben met een erkend composteringsbedrijf voor de afname van maaisel.
> Alle inschrijvers voegden ofwel deze informatie bij hun offerte ofwel verklaarden zelf te zullen instaan voor de afname ervan."

De offertes van de regelmatig bevonden inschrijvers worden in een eindrangschikking opgenomen waarbij deze van de bvba F. Kennes als eerste wordt gerangschikt en deze van verzoekende partij als tweede. Het voorstel is de opdracht te gunnen aan de bvba F. Kennes.

3.4. Op 20 februari 2012 gunt verwerende partij de opdracht aan de bvba F. Kennes.

IV. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

4. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten', artikelen 71 en 110, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 'betreffende de overheids-opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken', van het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel vervat in het adagium *patere legem quam ipse fecisti*, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële-motiveringsplicht.

Hierbij wijst verzoekende partij erop dat de opdracht bestaat uit het afhalen en afvoeren van oud maaisel dat na het opladen eigendom wordt van de aannemer. De inschrijver moet volgens het bestek beschikken over het bewijs dat hij op datum van de inschrijving erkend is als overbrenger van afvalstoffen zoals bepaald in Vlarea artikel 5.1.2.1., categorie groenafval, en aantonen dat een afvoer plaatsvindt naar een legale verwerkingsinstallatie. De bvba F. Kennes is volgens verzoekende partij geen erkende overbrenger (eerste onderdeel). Bovendien stelt de bvba F. Kennes dat zijzelf het afval zal composteren niettegenstaande haar milieuvergunning haar niet toelaat groenafval van derden te composteren (tweede onderdeel).

In haar toelichting bij het eerste onderdeel betoogt verzoekende partij dat verwerende partij de offerte van de bvba F. Kennes had dienen te weren omdat deze inschrijver niet beschikt over de door het bestek opgelegde erkenning als overbrenger zoals bedoeld in artikel 5.1.2.1. van het besluit van de Vlaamse regering van 5 december 2003 'tot vaststelling van het Vlaams reglement inzake afvalvoorkoming' (Vlarea). Zij brengt daarvoor een internetlijst van OVAM met de erkende overbrengers bij waarop de bvba F. Kennes niet figureert. Hieruit

concludeert verzoekende partij dat verwerende partij de bvba F. Kennes had dienen te weren en de opdracht had dienen te gunnen aan haar als laagste regelmatige inschrijver.

5. Verwerende partij ontkent wat het eerste onderdeel betreft niet dat de bvba F. Kennes niet voorkomt op de lijst met erkende overbrengers zoals voorgelegd door verzoekende partij doch wijst erop dat deze lijst slechts een internetlijst zonder precieze datum van redactie is en de eigenlijke lijst berust bij de diensten van OVAM zelf. Alsdan beroept verwerende partij zich op een lijst van milieuverslagplichtigen opgesteld door de diensten van de Vlaamse regering waarop overbrengers en verwerkers zijn vermeld waaronder de bvba F. Kennes, wat volgens verwerende partij "lijkt te impliceren dat [de bvba F. Kennes] over de vereiste erkenning beschikt". Immers, zo merkt verwerende partij op, wordt het milieujaarverslag van de ondernemingen op die lijst door de diensten van de Vlaamse regering ter informatie bezorgd aan OVAM die haar informatie waarschijnlijk hieruit haalt. De bewering van verzoekende partij dat de bvba F. Kennes geen erkenning heeft staat dan ook geenszins vast. Verzoekende partij, aldus verwerende partij, brengt de lijst van overbrengers die OVAM zelf bijhoudt, niet bij. Verwerende partij stelt voorts dat zij "heel andere informatie" kon raadplegen waaruit de bedoelde erkenning wel blijkt.

Ten slotte stelt verwerende partij dat zij zorgvuldig te werk is gegaan bij de beoordeling van de geschiktheidsvereisten.

6. In haar memorie van wederantwoord wijst verzoekende partij erop dat het OVAM is die de erkenningen voor overbrenger van afvalstoffen uitreikt; de lijst van OVAM is raadpleegbaar op het internet. De bvba F. Kennes staat er niet op. Verwerende partij had deze informatie moeten verifiëren bij OVAM zelf zo zij eraan twijfelde doch zij heeft dit nagelaten. Verwerende partij mag zich niet verlaten op documenten in verband met het integraal milieujaarverslag; hiervoor is geen enkele rechtsgrond.

Verzoekende partij heeft tijdens de procedure voor de Raad van State zelf contact opgenomen met OVAM die met een brief van 6 september 2012 antwoordde dat de bvba F. Kennes niet erkend was en is als overbrenger van groenafval, wel als vervoerder (artikel 5.1.3.4. Vlarea).

Beoordeling

7. Zoals hiervoor gereveleerd bepaalt het bestek dat de inschrijver voor de opdracht het bewijs moet voorleggen dat hij of zijn onderaannemer op datum van de inschrijving erkend is als overbrenger van afvalstoffen zoals bepaald in artikel 5.1.2.1. Vlarea.

Artikel 5.1.2.1., § 1, eerste lid, Vlarea bepaalt dat de overbrenger van afvalstoffen moet beschikken over een erkenning en opgenomen zijn in het register van overbrengers. Artikel 5.1.2.1., § 2, Vlarea bepaalt dat de erkenning wordt opgenomen in het register van de overbrengers van afvalstoffen dat ter inzage ligt bij OVAM. Artikel 5.1.2.5. Vlarea bepaalt dat OVAM de erkenningen uitreikt.

8. Verzoekende partij voegt bij haar offerte de erkenning artikel 5.1.2.5. Vlarea, dat is de erkenning als overbrenger. De bvba F. Kennes voegt bij haar offerte geen erkenning als overbrenger maar de registratie *ex* artikel 5.1.3.4., § 1, Vlarea, dit is de registratie als vervoerder van afvalstoffen.

9. Uit de door verzoekende partij bijgebrachte OVAM-internetlijst van overbrengers en uit de door verzoekende partij bijgebrachte OVAM-brief van 6 september 2012 blijkt duidelijk dat verwerende partij op basis van haar dossier ten onrechte ervan uitging dat de bvba F. Kennes op het moment van de inschrijving en de gunning beschikte over de door het bestek opgelegde erkenning als overbrenger van afvalstoffen.

De argumentatie van verwerende partij dat zij zorgvuldig handelde en mocht vertrouwen op een lijst in het kader van de milieujaarverslaggeving is aldus niet aanvaardbaar.

Het middel, eerste onderdeel, is dan ook gegrond.

10. Uit het gegrond bevinden van het eerste onderdeel van het middel vloeit voort dat verwerende partij verplicht was de bvba F. Kennes te weren uit de gunningsprocedure.

Verwerende partij heeft in haar aanbestedingsverslag zoals bekrachtigd in de gunningsbeslissing een eindrangschikking opgenomen waarbij de offerte van verzoekende partij als tweede regelmatige offerte werd opgenomen.

Terecht merkt verzoekende partij in die omstandigheden op, overigens op dit punt niet tegengesproken door verwerende partij, dat de opdracht aan haar had dienen te worden gegund zodat te dezen de Raad van State aanneemt dat uit het gegrond bevinden van het eerste onderdeel van het middel voortvloeit dat de impliciete weigeringsbeslissing tot het gunnen van de opdracht aan verzoekende partij evenzeer moet worden vernietigd.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het Vlaamse Gewest, Agentschap voor Natuur en Bos, van onbekende datum houdende de gunning van de overheidsopdracht voor het afvoeren van oud maaisel afkomstig uit ANB-domeinen in Vlaams-Brabant Regio Hageland aan de bvba F. Kennes en de impliciete weigeringsbeslissing deze overheidsopdracht te gunnen aan de nv De Bree Solutions.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 april 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Bram Van Thillo **Dierk Verbiest**