

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.557 van 23 mei 2013
in de zaak A. 208.006/VII-38.758.**

In zake : de VZW BODEMKUNDIGE DIENST VAN BELGIË
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Mario Deketelaere
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de OPENBARE VLAAMSE
AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Floris Sebreghs en Christophe Smeyers
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 februari 2013, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van het besluit van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna : OVAM) van 17 december 2012 houdende erkenning van de VZW Bodemkundige Dienst van België als laboratorium voor het verrichten van analyses op bodem, "analysepakket 2.4 bodem algemeen: bodem en grondwater", voor een termijn van één jaar.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Eerste auditeur Peter Provoost heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 mei 2013.

Kamervoorzitter Luc Hellin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Mario Deketelaere, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Floris Sebreghs, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Peter Provoost 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. Op 23 mei 2012 dient de verzoekende partij een aanvraag in om erkend te worden als laboratorium voor het verrichten van analyses op afvalstoffen voor het pakket 2.4 (bodem algemeen : bodem en grondwater), overeenkomstig het besluit van de Vlaamse regering van 5 december 2003 tot vaststelling van het Vlaams reglement inzake afvalvoorkoming en -beheer (hierna : Vlarea).

De verzoekende partij heeft met het oog op haar erkenning deelgenomen aan een door de Vlaamse Instelling voor Technologisch Onderzoek (hierna : VITO) in januari 2012 georganiseerde ringtest.

Ter controle van de werking volgens de ISO 17025 norm voert de VITO op 19 juni 2012 een audit uit bij de aanvrager. Daarbij worden een aantal tekortkomingen vastgesteld, die geremedieerd moeten worden.

3.2. Inmiddels, op 1 juni 2012, is het besluit van de Vlaamse regering van 17 februari 2012 tot vaststelling van het Vlaams reglement betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen (hierna : Vlarea) grotendeels in werking getreden, en is Vlarea opgeheven.

Er gelden geen overgangsbepalingen voor reeds ingediende aanvragen voor de erkenning waar het in dit beroep om gaat.

3.3. Op 9 november 2012 adviseert de VITO gunstig voor de erkenning, voor een termijn van één jaar.

Als reden voor deze beperking in de tijd stelt het advies :

"Gezien echter op dit moment er weinig praktijkervaring is met deze analyses en hierdoor geen garantie kan gegeven worden voor het behouden van de kwaliteit op langere termijn wordt hierbij geadviseerd de erkenning te beperken tot een periode van één jaar, waarna de situatie via een audit geëvalueerd kan worden".

3.4. Op 17 december 2012 wordt de verzoekende partij erkend als laboratorium voor het verrichten van analyses op bodem, "analysepakket 2.4 bodem algemeen: bodem en grondwater", voor de termijn van 19 december 2012 tot en met 18 december 2013.

Dit is de bestreden beslissing. Zij luidt als volgt :

"Gelet op het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, inzonderheid op artikel 10.3.4, § 4, gewijzigd bij het decreet van 19 mei 2006;

Gelet op het besluit van de Vlaamse Regering van 17 februari 2012 tot vaststelling van het Vlaams reglement betreffende het duurzaam beheer van

materiaalkringlopen en afvalstoffen (VLAREMA), inzonderheid op Hoofdstuk 8, Afdeling 8.1, 'Erkenning van laboratoria';

Gelet op het ministerieel besluit van 28 juni 2005 houdende bepaling van de analysepakketten waarvoor laboratoria kunnen erkend worden;

Gelet op het ministerieel besluit van 28 juli 2006 tot wijziging van het ministerieel besluit van 28 juni 2005 houdende bepaling van de analysepakketten waarvoor laboratoria kunnen erkend worden;

Gelet op het ministerieel besluit van 23 januari 2009 tot wijziging van het ministerieel besluit van 28 juni 2005 houdende bepaling van de analysepakketten waarvoor laboratoria kunnen erkend worden;

Gelet op het besluit van de administrateur-generaal van 4 september 2009 houdende delegatie van taken aan de waarnemend algemeen directeur en de afdelingshoofden, meer bepaald op artikel 3, 20°;

Overwegende dat de erkenningsprocedure bepaald wordt in Hoofdstuk 8 van het VLAREMA; dat conform artikel 8.1.2.1 van het VLAREMA de VITO jaarlijks stalen bereidt waarop het laboratorium erkenningsanalyses moet uitvoeren in het kader van de erkenningsaanvraag;

Overwegende dat het analysepakket 2.4 als basispakket fungeert, en dat de analysepakketten 2.5 en 2.6 een uitbreiding vormen op het basispakket; dat de analysepakketten 2.5 en 2.6 als uitbreidingspakket vermeld zijn in het ministerieel besluit van 23 januari 2009 tot wijziging van het ministerieel besluit van 28 juni 2005 houdende bepaling van de analysepakketten waarvoor laboratoria kunnen erkend worden; dat bijgevolg de erkenning voor de analysepakketten 2.5 en 2.6 niet aangewend kan worden zonder het verkrijgen van een erkenning voor het analysepakket 2.4;

Overwegende dat de VITO in de ringtest van januari 2012 stalen aangeboden heeft voor het analysepakket 2.4;

Overwegende dat de VITO het beoordelingsverslag van de ringtest van januari 2012 zoals vermeld in artikel 8.1.2.4 van het VLAREMA op 12 april 2012 aan de OVAM bezorgd heeft;

Overwegende dat een ringtest voor een analysepakket positief beoordeeld wordt wanneer na statistische verwerking van de resultaten maximaal 10% z-scores en 5% uitschieters berekend op het totaal aantal beoordeelde parameters in het betreffende analysepakket, zijn behaald;

Overwegende dat de resultaten van (de) Bodemkundige Dienst van België in de ringtest van januari 2012, zoals blijkt uit het beoordelingsverslag van de VITO, voldoen aan de erkenningscriteria voor het analysepakket 2.4;

Overwegende dat naast een positieve beoordeling van de ringtest, conform artikel 8.1.2.2 van het VLAREMA ook de toepassing van ISO 17025 een voorwaarde is om een erkenning te verkrijgen;

Overwegende dat door de VITO hiervoor een audit werd uitgevoerd op 19 juni 2012; dat de Bodemkundige Dienst van België op 6 november 2012 de laatste corrigerende maatregelen voor de geregistreerde tekortkomingen aan de VITO heeft overgemaakt;

Overwegende dat er op dit moment echter nog weinig praktijkervaring is met de betreffende analyses waardoor er geen garantie kan gegeven worden voor het behouden van de kwaliteit van de analyses op lange termijn; dat de VITO de toepassing van ISO 17025 voor het analysepakket 2.4 positief heeft

geadviseerd mits een beperking van de erkenning tot 1 jaar;

Overwegende dat (de) Bodemkundige Dienst van België bijgevolg voldoet aan de cumulatieve voorwaarden van een positieve beoordeling van de ringtest en de toepassing van ISO 17025 voor het analysepakket 2.4; dat de OVAM volgens het advies van de VITO een erkenning voor het analysepakket 2.4 voor de beperkte termijn van 1 jaar aflevert;

(...)"

IV. Onderzoek van de vordering

4. Naar luid van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, kan de schorsing van de tenuitvoerlegging slechts worden bevolen op voorwaarde dat er ernstige middelen worden aangevoerd die tot de vernietiging van de aangevochten akte kunnen leiden, en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van die akte de verzoekende partij een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

5. Met betrekking tot de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel stelt de verzoekende partij onder verwijzing naar de uiteenzetting van haar middelen, dat het beperken van de termijn van de erkenning tot slechts één jaar een "uitholling" is van de verleende erkenning en dat zulks voor haar geen ernstige kans verschaft om met voldoende rechtszekerheid haar laboratorium voor het verrichten van analyses op bodem uit te bouwen, door te investeren in gemotiveerde en bekwame medewerkers en in middelen.

De "inherente rechtsonzekerheid" die gepaard gaat met een erkenning voor een periode van slechts één jaar schept volgens haar ook geen vertrouwen bij potentiële klanten.

Dit "ernstig nadeel" is niet alleen financieel van aard, maar ook en vooral van morele aard. De verzoekende partij gewaagt van reputatieschade.

Zij heeft verscheidene bestaande raamcontracten voor bodemonderzoeken in het kader van het besluit van de Vlaamse regering van

5 maart 1996 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering gesloten met overheidsdiensten, waarbij zij de bodemonderzoeken uitvoert van staalname tot rapportering.

In het kader van deze raamcontracten is er in voorzien dat zij de bodem- en wateranalyses uitbesteedt aan een erkend laboratorium. Deze raamcontracten zijn evenwel gesloten met het vooruitzicht om tegen het vierde kwartaal 2012 de erkenning van OVAM voor het analysepakket 2.4 te behalen, en vanaf dan deze analyses in eigen beheer te kunnen doen.

Zij moet hiertoe echter de opdrachtgevers van deze raamcontracten op de hoogte stellen en toestemming vragen om de analyses voortaan in haar erkend laboratorium te mogen uitvoeren, rekening houdend met de inmiddels bij de bestreden beslissing verkregen erkenning.

In 2012 heeft de verzoekende partij voor 769.320 euro uitbesteed aan een erkend laboratorium waarvan meer dan 500.000 euro voor het analysepakket 2.4. Hiervan had zij in 2012 voor het vierde kwartaal begroot dat zij voor 80.000 euro in eigen beheer kon uitvoeren "maar door de trage besluitvorming bij OVAM en VITO is dit niet kunnen doorgaan".

Voor het verkrijgen van nieuwe projecten en raamcontracten voor 2013 en de volgende jaren argumenteert de verzoekende partij dat zij elke offerte moet staven met een erkenning voor deze analyses. Een erkenning die slechts voor één jaar is toegekend - op grond van de overweging dat "er weinig ervaring is met deze analyses" zal niet hoog scoren bij het toewijzen van offertes en zeker tegen het einde van het jaar 2013 een reden zijn om de gunning niet aan de verzoekende partij te geven.

De verzoekende partij is er zich van bewust dat een gebeurlijke schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing haar geen onmiddellijke genoegdoening zal kunnen opleveren in de zin dat hieruit een onmiddellijke erkenning zou voortvloeien voor "maximaal vijf jaar", doch zij is van oordeel dat een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing de mogelijkheid zal bieden tot "(onmiddellijke) heroverweging".

Zij besluit haar betoog dat de "ingeroepen ernstige nadelen niet louter financieel waardeerbaar" zijn en dat die nadelen ook "en vooral van morele aard (reputatieschade) (zijn), (...) ernstig (zijn) en (...) onmiddellijk (worden) ondergaan".

6. De verwerende partij antwoordt dat een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing voor de verzoekende partij veeleer nadelig zou zijn omdat deze bij een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing niet over een erkenning zal beschikken en voor haar cliënteel geen verdere analyses op bodem en grondwater meer zal kunnen verrichten of kunnen meedingen naar overheidsopdrachten, terwijl dit thans wel het geval is.

Zij is ook van oordeel dat het nuttig gevolg dat de schorsing zou kunnen hebben door de procedure ten gronde te bespoedigen of door het bestuur aan te zetten tot een heroverweging, op zich geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel aantoont.

Zij benadrukt vervolgens dat de verzoekende partij al sinds 2006 niet meer over een erkenning beschikte voor het analyseren van bodem en grondwater en dat de verzoekende partij dan ook wel "zeer voortvarend was om raamcontracten af te sluiten met het vooruitzicht om tegen het vierde kwartaal 2012 de erkenning voor het bewuste analysepakket te behalen" en dat dit "des te meer het geval (is) aangezien de resultaten voor het aspect grondwater in de ringtest 2012 nog steeds negatief waren".

Zij betwist ook dat de bestreden beslissing het tegen het einde van de termijn van de erkenning voor de verzoekende partij moeilijk zal maken om overheidsopdrachten toegewezen te krijgen omdat er op dat ogenblik al een nieuwe ringtest zal zijn en de verzoekende partij waarschijnlijk al een nieuwe erkenning zal hebben verkregen.

Zij stelt verder dat in het kader van overheidsopdrachten om de erkenning wordt gevraagd, "zonder dat daar een termijn van geldigheid als vereiste aan verbonden wordt".

Over de kosten die de verzoekende partij heeft moeten maken voor het uitbesteden van analyses, die zij zelf goedkoper had kunnen uitvoeren, merkt de verwerende partij op dat dit een financieel nadeel betreft, dat niet als moeilijk te herstellen wordt beschouwd.

Wat betreft de aangevoerde reputatieschade argumenteert de verwerende partij ten slotte als volgt :

"Voorhouden dat er sprake zou zijn van reputatieschade door de erkenning van 1 jaar terwijl men jarenlang geen erkenning heeft gehad en een erkenning jaren daarvoor reeds werd geschorst en ingetrokken, is weinig ernstig. Bovendien is het in alle redelijkheid voor derden niet vreemd dat een erkenning voor 'nieuwkomers op de markt' beperkt wordt tot een periode van 1 jaar, in tegendeel. Het lijkt in geen geval vreemd dat een overheid in het kader van behoorlijk bestuur (en gebaseerd op een advies dat haar daartoe verstrekt werd door het VITO) de erkenning in eerste instantie in de tijd beperkt om dan na te gaan of voor langere termijn erkenning verleend kan worden als de resultaten goed blijken en blijven. Ook in die zin kan men bezwaarlijk voorhouden dat het ingeroepen nadeel als 'ernstig' weerhouden zou moet(en) worden".

Beoordeling

7. De Raad van State stelt vast dat de verzoekende partij bij besluit van 12 september 2006 is erkend voor het betreffende analysepakket en dat deze erkenning reeds dezelfde dag is geschorst, en geschorst is gebleven totdat ze bij besluit van 27 juni 2007 is opgeheven.

Een nieuwe aanvraag tot erkenning is dan geweigerd bij besluit van 7 juli 2008.

Hieruit kan worden afgeleid dat de verzoekende partij alvorens de thans bestreden beslissing is genomen reeds meer dan zes jaar werkte met het systeem van uitbesteding van de analyses aan een extern laboratorium. De bestreden beslissing verhindert aldus niet dat zij op die manier zou kunnen blijven werken.

Uit de uiteenzetting van de verzoekende partij valt bovendien niet op te maken op welke wijze zij door het verlenen van een "uitgeholde" erkenning in haar voortbestaan zou zijn bedreigd, terwijl bovendien het verhoopt en gepland kostenvoordeel een louter financieel voordeel is dat indien dergelijk voordeel zich door de bestreden beslissing niet zou kunnen realiseren, zulks een financieel nadeel is, dat kan worden becijferd en bijgevolg niet moeilijk te herstellen zou zijn.

Het argument van de verzoekende partij dat meer rechtszekerheid nodig is om de nodige investeringen te kunnen doen, wijst reeds op een kostenvoordeel dat niet op korte termijn kan worden gerealiseerd.

Met betrekking tot de aangevoerde vrees voor reputatieschade omdat de erkenning slechts werd verleend voor de duur van één jaar, wijst de Raad van State op artikel 8.1.3.1, eerste lid, van Vlarema naar luid waarvan een besluit houdende erkenning voor een periode van maximaal vijf jaar wordt verleend en

voor een kortere periode mits voldoende motivering.

De verwerende partij stelt bijgevolg terecht dat het loutere gegeven dat een erkenning niet wordt verleend voor de maximale termijn van vijf jaar, op zich geen aanleiding geeft tot ernstige reputatieschade. Zulks geldt des te meer als het, zoals in dezen, geen verlenging betreft van een vroegere erkenning.

Ook geeft de motivering van de bestreden beslissing om de termijn van de erkenning te beperken tot één jaar geen aanleiding tot reputatieschade omdat de feitelijke vaststelling dat er "weinig praktijkervaring" bestaat voor de betreffende analyses een correcte vaststelling is, terwijl ook niet wordt aangetoond dat die vaststelling bij bestaande of potentiële klanten daardoor het door de verzoekende partij geschetste effect zou hebben.

De verzoekende partij maakt bijgevolg niet aannemelijk dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing haar een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dreigt te berokkenen.

8. Er is aldus niet voldaan aan één van de voorwaarden van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drieëntwintig mei tweeduizend dertien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,
bijgestaan door

Elisabeth Impens,

kamervoorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Luc Hellin