

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 246.569 van 9 januari 2020  
in de zaak A. 223.914/XII-8472**

In zake:

1. de NV RECUTEX  
2. de BVBA VICTRANS  
samen vormend een tv  
3. de BVBA VLAAMS INZAMEL CENTRUM TEXTIEL  
(VICT)  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Bettina Poelemans  
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem  
MG Building II  
Kortrijksesteenweg 1144 G  
bij wie woonplaats wordt gekozen  
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Kris Wauters  
kantoor houdend te 1170 Brussel  
Terhulpseseenweg 187

tegen:

de GEMEENTE DILBEEK  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Gitte Laenen  
kantoor houdend te 2800 Mechelen  
Antwerpsesteenweg 16-18  
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de VZW TELEVIL  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Johan Mommaerts  
kantoor houdend te 3000 Leuven  
Brusselsesteenweg 62  
bij wie woonplaats wordt gekozen

## *I. Voorwerp van het beroep*

1. Het beroep, ingesteld op 15 januari 2018, strekt tot de nietigverklaring van “[h]et besluit van het college van burgemeester en schepenen dd. 6 november 2017 waarbij de overheidsopdracht ‘Huis aan huis inzameling textielafval 2017-2020 – voorbehouden opdracht art. 15’ wordt gegund aan de vzw Televil en niet aan [de nv Recutex, de bvba Victrans en de bvba Vict]”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. Bij arrest nr. 240.322 van 27 december 2017 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

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

De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 oktober 2019.

Staatsraad Patricia De Somere heeft de stand van de zaak uiteengezet.

Advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Fabian Swennen, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt

voor de verwerende partij, en advocaat Belinda Moschion, die *loco* advocaat Johan Mommaerts verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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. De verwerende partij beslist op 31 juli 2017 om een overheidsopdracht uit te schrijven voor diensten met als voorwerp “huis aan huis inzameling textielafval 2017-2020 – voorbehouden opdracht art. 15”. De opdracht wordt gegund door middel van een openbare procedure in de zin van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 450.000 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 augustus 2017 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 12 augustus 2017.

3.3. Het bijzonder bestek met referentienummer 2017198 is van toepassing op de opdracht.

In het bestek wordt het voorwerp van de opdracht omschreven als volgt:

“De opdracht omvat in beginsel 20 huis-aan-huisinzamelingen langs de openbare wegen van de gemeente Dilbeek. In 2017 zijn er nog twee resterende, op de afvalkalender aangekondigde inzamelingen, namelijk op

5 oktober en op 7 december. Voor de jaren 2018, 2019 en 2020 worden de inzamelingen uitgevoerd op 2-maandelijke basis, op vooraf door de gemeente vastgestelde en gecommuniceerde data. Enkel textielafval, aangeboden in gemeentelijke textielafvalzakken, moet worden opgehaald. De opdracht omvat enkel huis-aan-huis inzamelen van textielafval. Er wordt geen textiel ingezameld via containers met uitzondering van eventuele containers in het recyclagepark. Bovendien kunnen inwoners ook nog steeds textiel binnen brengen in het kringloopcentrum. Door in te schrijven op deze opdracht verklaren de inschrijvers zich akkoord met dit principe. De opdrachtnemer heeft het recht om te beschikken over het opgehaalde textiel. De opdrachtnemer staat met eigen kost in voor afvoer en verwerking van het ingezamelde afval, ook niet-hergebruikt en/of niet-gerecycleerd afval.”

Het bestek bepaalt het volgende omtrent de wijze van prijsvaststelling:

“De gemeente betaalt de opdrachthouder niet om het textiel op te halen. De opdrachthouder wordt vergoed door het recht om het textiel huis-aan-huis op te halen en te beschikken over het door hem ingezamelde textiel.”

Het bestek stelt een toetsing van de offertes aan de hand van vier gunningscriteria voorop:

“

| Nr. | Beschrijving                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Gewicht |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 1   | Plan van aanpak, beschikbaarheid infrastructuur, voertuigen en personeel                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 25      |
|     | [...]                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |         |
| 2   | Materiële hulpverlening                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 25      |
|     | De inschrijver voegt bij zijn offerte een beschrijving van de wijze waarop hij de ingezamelde textielfractie voor armoedebestrijding binnen de grenzen van de Europese Unie ter beschikking zal stellen (hierna: ‘materiële hulpverlening’).<br>De beschrijving dient minstens de volgende informatie te bevatten:<br>- de methode om de doelgroep (personen in armoede) te bereiken;<br>- de prijs van het verkochte textiel aan de doelgroep, met opgave van eventuele kortingen;<br>- de plaats die de materiële hulpverlening in de organisatie van de inschrijver inneemt.<br>Onder ‘personen in armoede’ wordt verstaan: personen die een verhoogde tegemoetkoming, een leefloon of een equivalent leefloon ontvangen of een inkomen genieten dat lager is dan of gelijk is aan het barema leefloon/levensminimum.<br>Voor de beoordeling van het gunningscriterium ‘Materiële hulpverlening’ zal de aanbestedende overheid o.a. rekening houden met de volgende beoordelingselementen:<br>- de doeltreffendheid van de methode om de doelgroep te bereiken;<br>- de prijs en de omvang van de kortingen die bij de verkoop van de ingezamelde textielfractie aan de doelgroep zullen worden toegekend;<br>- de mate waarin de materiële hulpverlening op structurele wijze in de organisatie van de inschrijver wordt ingebed. |         |
| 3   | Externe communicatie                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 25      |
|     | [...]                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |         |
| 4   | Verwerking ingezameld textielafval                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 25      |
|     | Kwalitatieve beoordeling en puntentoekenning van de in het bijgevoegde plan van aanpak vooropgestelde verwerking van het ingezamelde textielafval, overeenkomstig het besluit van de Vlaamse Regering van 16.09.2016 houdende goedkeuring van het Uitvoeringsplan huishoudelijk afval en gelijkaardig bedrijfsafval. De opdrachtnemer dient aan te tonen op welke wijze hij de textielfractie zal sorteren zodat hergebruik mogelijk is en op welke wijze de restfractie nadien zo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |         |

|                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                  | optimaal mogelijk (lokaal) hoogwaardig wordt verwerkt. Er dient bovendien te worden voldaan aan de bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 17.02.2012 tot vaststelling van het Vlaams reglement betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen. |
| Totaal gewicht gunningscriteria: | 100                                                                                                                                                                                                                                                                                     |

”

3.4. Met een e-mailbericht van 16 augustus 2017 maken de verzoekende partijen een reeks opmerkingen bij de verwerende partij over het bestek, onder meer wat het gunningscriterium “Materiële hulpverlening” betreft, dat volgens hen geen rechtstreeks verband houdt met het voorwerp van de opdracht.

Met een e-mailbericht van 22 augustus 2017 repliceert de verwerende partij op de bezwaren van de verzoekende partijen. Wat het gunningscriterium “Materiële hulpverlening” betreft, doet zij gelden dat dit betrekking heeft op de wijze waarop het ingezamelde textielafval zal worden afgevoerd en verwerkt.

3.5. Op 14 september 2017 worden de offertes geopend. Er zijn twee offertes ingediend, namelijk door de vzw Televil, dit is de tussenkomen de partij, en door een tijdelijke handelsvennootschap gevormd door de nv Recutex en de bvba Victrans, dit zijn de eerste en de tweede verzoekende partij, samen vormend de thv Recutex-Victrans.

In haar offerte geeft de thv Recutex-Victrans, wat het tweede gunningscriterium “Materiële hulpverlening” betreft, enkel een uiteenzetting waarom dit gunningscriterium volgens haar onwettig is.

3.6. Op 2 november 2017 wordt een gunningsverslag opgesteld. Beide inschrijvers worden geselecteerd. De offertes van de beide inschrijvers worden als regelmatig aangewezen. Vervolgens worden de beide offertes getoetst aan de gunningscriteria:

“

| Nr.                                                                                                                                    | Naam          | Motivering | Score |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|------------|-------|
| Gunningscriterium nr. 1: Plan van aanpak, beschikbaarheid infrastructuur, voertuigen en personeel<br>Beoordeling op 25 punten<br>[...] |               |            |       |
| 1                                                                                                                                      | Televil vzw   | [...]      | 22    |
| 2                                                                                                                                      | [thv Recutex- | [...]      | 20    |

|                                                                                       |                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
|                                                                                       | Victrans]              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |    |
|                                                                                       | Beoordeling            | [...]                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |    |
| Gunningscriterium nr. 2: Materiële hulpverlening<br>Beoordeling op 25 punten<br>[...] |                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |    |
| 1                                                                                     | Televil vzw            | <p>Voor materiële hulpverlening wordt geopteerd voor een samenwerking met erkende partnerorganisaties die een regierol hebben in materiële hulpverlening (OCMW, CAW, begeleidingsdiensten ...). Zij werken ook samen met UZ Brussel, daklozenorganisaties, ensemble...</p> <p>In samenwerking met OCMW's stellen zij aankoopbonnen ter beschikking met een waarde van 5 euro waar Televil nog één euro aan materiaal bovenop schenkt.</p> <p>Zij werken ook met anonieme cadeaubonnen en voorzien basispakketten kleding die OCMW's ter beschikking kunnen stellen in noodgevallen (noodhulp). Ook kunnen de nodige apparaten en meubelen worden aangekocht, die Televil dan gratis levert en aanvult met wat kleinere goederen.</p> <p>De middelen die ze verwerven zetten ze dan grotendeels in voor sociale tewerkstelling.</p> <p>Over de omvang van de hulpverlening worden geen cijfers verstrekt</p> <p>Spullenhulp legt de focus op de opvang van thuislozen.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 20 |
| 2                                                                                     | [thv Recutex-Victrans] | <p>THV is van mening dat het gunningscriterium 'materiële hulpverlening' onwettig is. Het criterium heeft volgens hen betrekking op de periode na de uitvoering van de opdracht. Het gunningscriterium houdt geen verband met een dienst dat de inschrijver gaat verrichten voor de gemeente. Zij stellen dat 'met dit criterium kan verwerende partij op geen enkele wijze het prestatieniveau van de dienst, die de inschrijver voor de overheid verricht, taxeren.'</p> <p>De offerte van THV biedt geen antwoord op wat in het bestek gevraagd werd ter beoordeling van dit gunningscriterium. De offerte van THV krijgt voor dit gunningscriterium de minimum score van 0.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 0  |
|                                                                                       | Beoordeling            | <p>THV toont in de offerte niet aan dat zij inzet op materiële hulpverlening. Er kunnen hiervoor dan ook geen punten [...] worden toegekend.</p> <p>Volgens THV is dit criterium onwettig aangezien het geen verband houdt met de verwachte dienstverlening. Dit criterium wordt door de overheid nochtans wel degelijk relevant geacht. Het gunningscriterium 'materiële hulpverlening' heeft overduidelijk betrekking op de wijze waar het ingezamelde textielafval afgevoerd en verwerkt zal worden. Op basis hiervan acht de gemeente de opname van dergelijk gunningscriterium wel opportuun.</p> <p>Het bestek bepaalt onder I.4: 'De gemeente betaalt de opdrachthouder niet om het textiel op te halen. De opdrachthouder wordt vergoed door het recht om het textiel huis-aan-huis op te halen en te beschikken over het door hem ingezamelde textiel.' Het staat dan ook vast dat het de gemeente toekomt om voorwaarden te stellen op welke wijze de opdrachthouder over het ingezamelde textiel kan beschikken, rekening houdend met de beleidsdoelstellingen die de gemeente als lokale overheid voorop stelt. De gemeente wenst ondernemingen aan te moedigen die maatschappelijk verantwoord ondernemen. De materiële hulpverlening die een sociale onderneming voert, is wel van belang voor deze opdracht.</p> <p>De gemeente stelt in zijn meerjarenplan voorop duurzaamheidscriteria te voorzien binnen de door hem uitgeschreven opdrachten. De opname van het criterium 'materiële hulpverlening' past binnen dit beleid.</p> <p>Het is bovendien onduidelijk waarom THV deze redenering vooropstelt mbt het criterium 'materiële hulpverlening' maar niet voor het criterium 'verwerking ingezameld textielafval' waarvoor volgens deze logica eenzelfde redenering van toepassing zou kunnen zijn.</p> |    |
| Gunningscriterium nr. 3: Externe communicatie<br>Beoordeling op 25 punten<br>[...]    |                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |    |
| 1                                                                                     | Televil vzw            | [...]                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 23 |

|                                                                                                  |                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2                                                                                                | [thv Recutex-Victrans] | [...]                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 20 |
|                                                                                                  | Beoordeling            | [...]                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
| Gunningscriterium nr. 4: Verwerking ingezameld textielafval<br>Beoordeling op 25 punten<br>[...] |                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |    |
| 1                                                                                                | Televil vzw            | De inschrijver geeft een grondige beschrijving van de wijze waarop het ingezamelde textiel wordt verwerkt. Ongeveer 50% van het ingezamelde textiel wordt verkocht in kringwinkels. De restfracties worden afgevoerd naar een door de OVAM erkend afvalverwerker.                                                                                                                                                                      | 25 |
| 2                                                                                                | [thv Recutex-Victrans] | De inschrijver geeft een grondige beschrijving van de wijze waarop het ingezamelde textiel wordt verwerkt: Ongeveer 20% van het textielafval wordt hergebruikt voor recyclage van textiel en 77% wordt hergebruikt als tweedehandskledij. 30% daarvan wordt hergebruikt op de Belgische en Europese markt en de overige 47% wordt geëxporteerd buiten de Europese Unie. 3,50% van het gesorteerde textiel kan niet worden hergebruikt. | 20 |
|                                                                                                  | Beoordeling            | Het Uitvoeringsplan huishoudelijk afval en gelijkaardig bedrijfsafval stelt het verder stimuleren van hergebruik in de textielketen voorop. Onder hoofdstuk 8.5 wordt gesteld dat de textielfractie in eerste instantie beter gesorteerd moet worden, zodat hergebruik mogelijk is. [...]                                                                                                                                              |    |

”

In de finale rangschikking van de offertes wordt de offerte van de vzw Televil als eerste gerangschikt met 90 op 100 punten. De offerte van de thv Recutex-Victrans wordt tweede met 60 punten. Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de vzw Televil.

3.7. Op 6 november 2017 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de vzw Televil. Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

#### *IV. Ontvankelijkheid van het beroep*

4.1. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen drie gelijkkluidende excepties op.

4.2. Wat de eerste exceptie, inzake de ontvankelijkheid van het beroep in hoofde van de bvba VICT betreft, werd reeds in het voormelde arrest nr. 240.322 van 27 december 2017 geoordeeld dat deze derde verzoekende partij geen voldoende belang heeft bij de ingestelde vordering. De offerte van de thv Recutex-Victrans werd ingediend door de twee leden van deze tijdelijke handelsvennootschap, de nv Recutex en de bvba Victrans. De bvba VICT wordt

in deze offerte enkel vermeld als onderaannemer op wiens draagkracht een beroep zal worden gedaan.

In beginsel beschikken enkel zij die zelf een offerte hebben ingediend in de betrokken plaatsingsprocedure over het rechtens vereiste belang bij de nietigverklaring van een beslissing die een overheidsopdracht toewijst aan een andere inschrijver. Een onderaannemer beschikt hoogstens over een indirect belang en kan geen rechtstreeks belang ontlenen aan zijn statuut van verbonden onderneming.

Het beroep is aldus niet ontvankelijk in hoofde van de bvba VICT. Hierna wordt dan ook onder de verzoekende partijen verstaan: de nv Recutex en de bvba Victrans.

4.3. In een tweede exceptie doen de verwerende partij en de tussenkomende partij gelden dat de verzoekende partijen geen beroep tot nietigverklaring hebben ingesteld tegen de beslissing tot goedkeuring van het bestek. In een derde exceptie wijzen zij erop dat de bezwaren die de verzoekende partijen thans doen gelden, gesteund op de onwettigheid van het bestek, niet tijdig zijn.

Deze excepties zijn enkel van aard een invloed te hebben op de ontvankelijkheid van middelen of kritieken gesteund op de onwettigheid van het bestek. Dit is te dezen het eerste en het derde middel.

Deze ontvankelijkheidsproblematiek zal dan ook hierna worden besproken bij het onderzoek van de betrokken middelen.

4.4. Van de vierde door de tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie – dat de verzoekende partijen ten onrechte werden toegelaten tot de plaatsingsprocedure omdat zij niet kunnen worden beschouwd als een sociale inschakelingsonderneming in de zin van artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 – doet de tussenkomende partij uitdrukkelijk afstand in haar laatste memorie, zodat deze exceptie onbesproken blijft.

## *V. Onderzoek van de middelen*

5. Het is passend om eerst het eerste en het derde middel te onderzoeken, waarin de verzoekende partijen kritieken aanvoeren die steunen op de onwettigheid van het bestek. Het tweede middel houdt een kritiek in op de toetsing van de offertes aan de hand van het vierde gunningscriterium.

### *A. Ontvankelijkheid van het eerste en het derde middel*

#### *Excepties*

6. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord ten eerste op dat de verzoekende partijen niet met de nodige diligentie hebben gehandeld nu zij perfect in staat waren om de beslissing tot goedkeuring van het bestek aan te vechten. Hoewel de verzoekende partijen fundamentele wettigheidsbezwaren hadden tegen het gunningscriterium “Materiële hulpverlening” en deze kenbaar hadden gemaakt aan de aanbestedende overheid, die had laten blijken hiermee niet akkoord te gaan, hebben zij toch een offerte ingediend. Zij hebben hierbij doelbewust het gunningscriterium niet ingevuld en enkel afgewacht tot de opdracht niet aan hen zou worden gegund om vervolgens de wettigheid van het bestek aan te vechten.

Voorts doet de verwerende partij gelden dat er uitzonderingen op de Labonorm-rechtspraak bestaan, zoals wanneer het bestek de inschrijvers verplicht om tijdig melding te maken van eventuele bezwaren tegen het bestek. Zulks is te dezen het geval, het bestek bevat immers een zogenoemde Neorec-clausule. Daarnaast verwijst de verwerende partij naar het arrest “*eVigilo*” van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

7. De tussenkomen partij doet een gelijkaardige algemene exceptie gelden, waarin zij aanvullend verwijst naar het arrest “*Grossman*” van het Hof van Justitie van de Europese Unie en benadrukt dat het bestek een

Neorec-clausule bevat die oplegt dat inschrijvers hun bezwaren tegen het bestek vooraf moeten melden aan de aanbestedende overheid.

8. In haar laatste memorie verwijst de verwerende partij naar de “veelvuldige rechtspraak” van de Raad van State waarbij het gestelde in het Neorec-arrest wordt herhaald, “ofwel wordt aanvaard/onderschreven”. Zij blijft erbij dat de verzoekende partijen te dezen niet met de nodige diligentie hebben gehandeld en dat zij perfect in staat waren om de beslissing tot goedkeuring van het bestek aan te vechten, uiterlijk van zodra zij kennis hadden van de brief van 22 augustus 2017 van de verwerende partij waarin duidelijk werd gemaakt dat zij het bestek wel degelijk wettig achtte. Zij meent dat de verzoekende partijen het aan henzelf te wijten hebben dat de verwerende partij geen rekening heeft gehouden met hun kritiek op het bestek, daar zij er zelf voor hebben geopteerd deze kritiek niet eerder te laten gelden. Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof noch uit die van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot artikel 6 van het verdrag van 4 november 1950 ‘tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’, noch uit het arrest “*eVigilo*” van het Hof van Justitie, kan volgens haar worden besloten dat de Neorec-exceptie een schending zou vormen van het recht op toegang tot de rechter. Zij benadrukt dat de inschrijver die onmiddellijk een (meteen zichtbaar) wettigheidsbezwaar ziet in het bijzonder bestek, wél over alle nodige informatie beschikt om zijn rechten te laten gelden, zodat de Neorec-exceptie in deze toepasselijk is.

9. De tussenkomende partij blijft er in de laatste memorie tevens bij dat “indien men oordeelde dat de criteria onduidelijk waren en men evenwel toch inschrijft, de facto het recht op verhaal tegen het bestek als zodanig vervallen is”. Zij menen dat de verzoekende partijen destijds, nadat bleek dat hun kritiek op het bestek niet werd aanvaard, hadden moeten gebruik maken van de verhaal mogelijkheden tegen het bestek en dus, thans na de inschrijving, geen geldig verhaal meer kunnen laten gelden tegen het bestek.

## Beoordeling

10. De beslissing om een bestek of bepalingen ervan vast te stellen, mag door een potentiële of effectieve inschrijver op een overheidsopdracht worden aangevochten met een beroep tot nietigverklaring in geval die beslissing, hoewel zij voorbereidend is ten opzichte van de uiteindelijke gunningsbeslissing, ten aanzien van die inschrijver niet verschijnt als een louter voorbereidende beslissing maar als een “voorbeslissing”, omdat ze voor die inschrijver definitieve rechtsgevolgen heeft. Die mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de beslissing om het bestek vast te stellen, neemt niet weg dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een bestekbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de plaatsingsprocedure. Een verzoekende partij mag aldus tot staving van haar beroep tegen de gunningsbeslissing de onwettigheid inroepen van het bestek, zelfs indien zij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State (Raad van State, AV afd. Bestuursrechtspraak, nr. 152.173 van 2 december 2005 inzake de nv Labonorm).

In een kort *obiter dictum* in arrest nr. 206.598 van 13 juli 2010 inzake de nv Neorec merkte de Raad van State op dat het “[m]ogelijk [...] anders [zou] kunnen zijn indien het bestek bijvoorbeeld ertoe zou hebben verplicht om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren onverwijld te melden aan de aanbestedende overheid en verzoekende partij aan deze verplichting was voorbijgegaan”.

11. In het bestek is onder punt I.7 de volgende clausule opgenomen:

“Door het indienen van een offerte aanvaarden de inschrijvers onvoorwaardelijk de inhoud van het bestek en de bijhorende opdracht-documenten en de invulling van de plaatsingsprocedure zoals deze in het bestek beschreven is en aanvaarden zij zelf door de bepalingen ervan gebonden te zijn.

Indien een inschrijver in dat verband bezwaar heeft, dient hij dat schriftelijk en per aangetekende post binnen de zeven kalenderdagen na ontvangst van het bestek, bekend te maken aan de aanbestedende overheid[...].”

De draagwijdte die de verwerende partij aan deze bepaling geeft, namelijk dat ze de verzoekende partijen zou verhinderen zich in rechte te beroepen op een bestekonwettigheid die zij volgens deze bepaling tijdig dienden te melden en zelfs aan te vechten, wordt niet aanvaard.

Het komt niet aan de aanbestedende overheden toe om inschrijvers *a priori* de toegang met een bepaalde kritiek tot de rechter te ontzeggen. Het blijkt immers niet wat de rechtsgrond is voor de veronderstelling dat het een aanbestedende overheid zou toekomen om in een bestek bepalingen op te nemen die de toegang tot een rechter procedureel en inhoudelijk regelen.

In elk geval bezwaart de interpretatie die de verwerende partij en de tussenkomenende partij aan een dergelijke bestekbepaling geven de toegang tot de rechter fundamenteel. In dit verband kan worden opgemerkt dat deze bepaling slecht een uiterst korte termijn aan een geïnteresseerde inschrijver laat voor reactie – te dezen amper zeven kalenderdagen. Bovendien wordt er geen procedure uitgewerkt waaraan de aanbestedende overheid zich bij een eventueel bezwaar dient te houden en er wordt slechts in zeer algemene zin naar bezwaren bij het bestek verwezen.

12. Wat de kritiek op het bestek in het eerste middel betreft, hebben de verzoekende partijen hun bezwaar inzake de onwettigheid van het in het bestek bepaalde gunningscriterium “Materiële hulpverlening” (zoals vervat in het eerste middelonderdeel) kenbaar gemaakt in een e-mailbericht waarop de verwerende partij in een e-mailbericht heeft geantwoord dat zij die bezwaren niet aanvaardt.

De loutere niet-aanvaarding door de aanbestedende overheid van door een inschrijver geopperde wettigheidsbezwaren bij het bestek, verplicht

die inschrijver niet, in weerwil van de voornoemde Labonorm-rechtspraak, om onverwijld een rechtsmiddel aan te wenden tegen de beslissing tot vaststelling van het bestek.

Uit de, volgens de verwerende partij, “veelvuldige rechtspraak” van de Raad van State die het gestelde in het Neorec-arrest zou herhalen ofwel aanvaarden, noch uit de voormelde rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie mag worden afgeleid dat een bestekclausule die een loutere plicht bevat om bezwaren aan de overheid te melden, met zich meebrengt dat een inschrijver het belang moet worden ontzegd indien deze niet onmiddellijk een beroep heeft ingesteld nadat hij wél bezwaren heeft geuit, doch die geen gehoor vonden bij de overheid.

13. Wat de kritiek op het bestek in het derde middel betreft, slaagt de verwerende partij er evenmin in aan te tonen dat de verzoekende partijen onzorgvuldig of niet diligent zouden hebben gehandeld door niet onmiddellijk, nog vóór de indiening van hun offerte, bezwaar, eventueel in rechte, te maken tegen de omstandigheid dat louter kwalitatieve gunningscriteria werden bepaald en een verplicht geacht prijscriterium ontbreekt. De Raad valt de verwerende partij niet bij waar zij betoogt dat het hier om een meteen zichtbaar wettigheidsbezwaar gaat. De kwestieuze kritiek wordt door de verwerende partij uitgebreid betwist en het bezwaar lijkt dan ook niet van die aard dat het voor een inschrijver dermate evident is dat het hem zou mogen worden verweten niet onmiddellijk de aanbestedende overheid of een rechter te hebben gevat.

14. De excepties worden verworpen. Het eerste en het derde middel zijn ontvankelijk.

#### *B. Eerste middel*

15. De verzoekende partijen voeren in het eerste middel de schending aan van “[a]rtikelen 10, 11 en 159 van de Grondwet; [a]rtikel 81 [van

de wet overheidsopdrachten 2016]; [h]et bestek ‘Huis aan huis inzameling textielafval 2017-2020 - voorbehouden opdracht art.15’ [...]; [h]et legaliteitsbeginsel en de eruit voortvloeiende pater legem-plicht; [h]et beginsel van de gelijke behandeling als Europeesrechtelijk beginsel; [h]et zorgvuldigheidsbeginsel [en d]e materiële motiveringsplicht”.

### *Eerste onderdeel*

#### *Uiteenzetting van het middelonderdeel*

16. In een eerste onderdeel betogen ze:

“Doordat de verwerende partij de beoordeling van de offertes en de keuze van de economisch meest voordelige offerte heeft gedaan op basis van het gunningscriterium ‘materiële hulpverlening’ in het raam van een opdracht, die als voorwerp heeft de inzameling van textielafval;

Dat in het raam van voormeld gunningscriterium de VZW Televil in totaal 20 punten behaalt;

[...]

Terwijl op grond van artikel 81 van de Wet overheidsopdrachten [2016] ieder gunningscriterium om wettig te zijn verband moet houden met het voorwerp van de opdracht;

Dat op grond van de materiële motiveringsplicht de beslissing van een administratieve overheid moet steunen op juiste feitelijke elementen en rechtens aanvaardbare motieven, elementen en motieven die bovendien de beslissing in redelijkheid moeten kunnen verantwoorden;

Dat de besteksvoorwaarden toepasselijk in huidige zaak een gunningscriterium bevatten dat geen verband houdt met het voorwerp van de overheidsopdracht; dat het gunningscriterium ‘materiële dienstverlening’ geen verband houdt met het inzamelen, ophalen en verwerken van textielafval als aanneming van dienst[en];

Dat bijgevolg de eindbeslissing, m.n. de beslissing tot toewijzing van de overheidsopdracht aan de NV Televil, onwettig is gezien de voorbeslissing, samenstellend deel van de complexe administratieve rechtshandeling, onwettig is wegens schending van artikel 81 van de Wet overheidsopdrachten [2016];

Dat de bestreden beslissing, waarin verwerende partij de beoordeling en de keuze van de economisch meest voordelige offerte maakt, steunt op een onwettig gunningscriterium en aldus de materiële motiveringsplicht schendt.”

In de toelichting zetten de verzoekende partijen het beginsel uiteen dat de gunningscriteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht. Zij betogen dat de gekozen inschrijver te dezen textielafval voor de gemeente zal inzamelen, ophalen en verwerken en dat het gunningscriterium “Materiële hulpverlening” op geen enkele wijze in verband staat met dit voorwerp van de opdracht. Dit gunningscriterium heeft betrekking op de periode na de uitvoering van de opdracht en betreft de wijze waarop de gekozen inschrijver het ingezamelde, opgehaalde en gesorteerde textielafval ter beschikking zal stellen van de markt. Dat het gaat om de fase erna, namelijk de wijze waarop de inschrijver kan beschikken over het textielafval, blijkt ook uit het gunningsverslag waarin de verwerende partij zelf het onderscheid maakt tussen verwerken, enerzijds, en het beschikken, anderzijds. Met dit criterium kan de verwerende partij op geen enkele wijze het prestatieniveau van de dienst die de inschrijver voor de overheid verricht, taxeren. Met dit gunningscriterium beoordeelt de verwerende partij eigenlijk het beleid dat een inschrijver voert nadat hij de opdracht voor haar heeft uitgevoerd. Zonder enige motivering stelt de verwerende partij in het gunningsverslag dat dit criterium betrekking heeft op de wijze waarop het ingezamelde textielafval wordt afgevoerd en verwerkt. Op welke wijze de materiële hulpverlening hierop betrekking heeft, is voor de verzoekende partijen geheel onduidelijk.

De verzoekende partijen betogen:

“Bovendien verliest de gemeente Dilbeek uit het oog dat de overheidsopdracht kadert in de openbare dienst die de gemeente Dilbeek moet organiseren, namelijk het organiseren van de ophaling van het afval en in casu het textielafval. Welnu, wanneer dit textielafval wordt ingezameld en wordt verwerkt, gaat het inderdaad om textielafval en kadert dit in de openbare dienstplicht van de gemeente Dilbeek. Echter, na de sortering en verwerking, zijnde het ogenblik dat de inschrijver beschikt over het textiel - zeker wanneer het gaat om de materiële hulpverlening en meer concreet het ter beschikking stellen van het textiel voor bepaalde groepen in de maatschappij - gaat het helemaal niet meer om afval maar wel om een product, zijnde textiel. Op dat ogenblik verliest het zijn afvalstatus en wordt het een product. Het kan dan ook onmogelijk vallen onder de overheidsopdracht, welke kadert binnen de openbare dienstplicht van de gemeente Dilbeek inzake afval. Er is geen enkele openbare

dienstplicht inzake productverkoop, zoals tweedehands textiel. Hier geldt bovendien het principe van vrijheid van handel zodat de gemeente Dilbeek in dat kader helemaal geen voorwaarden kan opleggen.

Ten overvloede wijzen verzoekende partijen erop dat de gemeente Dilbeek zelf minstens impliciet dit onderscheid maakt in het gunningsverslag. Wanneer zij het heeft over het afvoeren en verwerken spreekt zij over textielafval, terwijl, wanneer zij het heeft over het recht om te beschikken over, zij spreekt over textiel [...]

De inschrijver heeft bovendien slechts die mogelijkheid, omdat de gemeente hem het recht op het afval verschaft. Het gunningscriterium houdt totaal geen verband met een dienst dat de inschrijver gaat verrichten voor de gemeente. Integendeel, het houdt verband met een recht dat de inschrijver kosteloos krijgt van de gemeente.”

Vervolgens bekritiseren de verzoekende partijen de beoordeling van de Raad van State in het voornoemde arrest nr. 240.322 van 27 december 2017 inzake de vordering tot schorsing, namelijk dat het gunningscriterium “Materiële dienstverlening” wel in verband staat met het voorwerp van de opdracht. De verzoekende partijen doen gelden:

“[De] Raad lijkt in voornoemd arrest te vergeten dat het voorwerp van de opdracht een aanneming van diensten is. De gunningscriteria moeten bijgevolg verband houden met de dienst, die de gekozen inschrijver verricht voor de aanbestedende overheid. In de mate de herbestemming deel zou uitmaken van de opdracht, quod non [...], dan nog dient het gunningscriterium te taxeren wat het sociaal gedeelte van de herbestemming of dienst is.

Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn als de gekozen inschrijver kansarmen inschakelt voor die dienst, nl. de herbestemming. Via het litigieuze gunningscriterium gaat men in het bestek kijken in welke mate en op welke wijze het textiel, wat een product is, aan zogenaamde kansarmen ter beschikking gesteld wordt. Dit heeft volgens verzoekende partij niet meer te maken met de dienst, die de gekozen inschrijver moet verrichten voor verwerende partij, maar alles met de mate waarin de gekozen inschrijver sociale doelstellingen nastreeft in het raam van zijn (commerciële) activiteit. Men viseert met het litigieuze gunningscriterium de bestemming van het goed (textielafval) en niet de kwaliteit van de dienst.

Het gehanteerde gunningscriterium biedt de aanbestedende overheid zelf geen enkel voordeel.”

Dat het gunningscriterium geen betrekking heeft op de verwerking, blijkt volgens de verzoekende partijen uit het vierde gunnings-

criterium “Verwerking ingezameld textielafval”. Uit de omschrijving van dat gunningscriterium blijkt duidelijk wat de aanbestedende overheid onder verwerking verstaat: het “sorteren” van het textielafval en de verwerking van de restfractie, wat dus ook afval is. Dit heeft dan eventueel betrekking op recyclage en op het restafval. Daar gaat het echter bij het criterium “Materiële dienstverlening” niet over.

Dat het gunningscriterium geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht blijkt volgens de verzoekende partijen bovendien ook uit de beschrijving en de beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver. Het schenken van materieel, het gratis leveren van apparaten en meubelen alsook het aanvullen van kleine goederen heeft op geen enkele manier betrekking op het voorwerp van de voorliggende opdracht, evenmin als de sociale tewerkstelling en de opvang van thuislozen. Deze beschrijving en beoordeling bevestigen net dat hetgeen valt onder het gunningscriterium “Materiële hulpverlening” op geen enkele manier betrekking heeft op het voorwerp van de opdracht.

De onwettigheid van het gunningscriterium tast volgens de verzoekende partijen de gehele plaatsingsprocedure aan, inclusief de gunningsbeslissing.

17. In hun memorie van wederantwoord benadrukken de verzoekende partijen dat de voorwaarde van het “verband houden met” volgens bepaalde rechtsleer en het Groenboek ‘betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten’ van de Europese Commissie, eerder als een beperkende voorwaarde moet worden gelezen, en verwijzen ze nog naar het arrest “*Wienstrom*” van het Europees Hof van Justitie, luidens hetwelk een gunningscriterium geen betrekking heeft op de dienst die het voorwerp van de opdracht vormt, indien hetgeen wordt beoordeeld betrekking heeft op andere afnemers van de dienst die door de inschrijver wordt verstrekt.

Op grond van de definitie van “hergebruik” in het decreet van 23 december 2011 ‘betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen’ (hierna: materialendecreet), argumenteren de verzoekende partijen dat dit hergebruik als taak, dat per definitie betrekking heeft op producten en niet op afvalstoffen, niet tot het voorwerp van de opdracht kan behoren. Zij stellen dan ook dat het element “Materiële dienstverlening” manifest betrekking heeft op het hergebruiken van producten (kleding schenken of verkopen aan kansarmen) en niet op textielaafval dat wordt gebruikt voor andere doeleinden dan het kleden van mensen. Het product dat wordt verkregen na ophaling en verwerking staat ter beschikking van de inschrijver en maakt deel uit van de prijs want het is de bedoeling dat, via de verkoop van deze laatste kledij, de uitvoerder uit de kosten komt. De mogelijkheid van hergebruik zit vervat in het element “prijs”, en niet in het element “aanneming”, zodat het niet hoort tot het voorwerp van de opdracht die de gekozen inschrijver moet uitvoeren.

Op grond van de definitie van “verwerking” in het materialendecreet en de richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 ‘betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen’ (hierna: kaderrichtlijn afvalstoffen), als zijnde de “nuttige toepassing of verwijdering” van afvalstoffen, betogen de verzoekende partijen dat het element “materiële dienstverlening” geen betrekking heeft op de verwerking van huishoudelijke afvalstoffen. Met nuttige toepassing bedoelt men immers dat één materiaal, van nature bedoeld om een bepaald doel te dienen, wordt vervangen door een ander materiaal, terwijl te dezen de opgehaalde kledij wordt verkocht of geschonken aan derden opdat zij het opnieuw zouden dragen. Bovendien, zo betogen zij voorts, “is dit element [verwerken van afval] echter geen overheidsopdracht als de aanbestedende overheid zelf voorschrijft dat zij hiervoor geen prijs betaalt”.

18. In de laatste memorie benadrukken de verzoekende partijen in de eerste plaats dat de bepalingen uit het materialendecreet en de kaderrichtlijn afvalstoffen, waar zij naar verwezen in de memorie van wederantwoord, enkel

dienen om concreet aan te tonen wat niet tot het voorwerp van de litigieuze overheidsopdracht behoort, waardoor zij ook kunnen bewijzen dat het gunningscriterium geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht. De verwijzing naar deze twee rechtsgronden dient niet te worden opgevat als een uitbreiding van het middel of een wijziging van de grondslag van het middel.

Zij zetten voorts nog uiteen dat, opdat een prestatie in het raam van een overheidsopdracht een voordeel zou kunnen bieden aan de aanbestedende overheid, de voorwaarden uiteengezet in het arrest “*Helmut Müller*” van het Europees Hof van Justitie vervuld dienen te zijn. Volgens dit arrest is er slechts sprake van een prestatie als de aanbestedende overheid een rechtstreeks economisch belang verwerft, wat iets anders is dan prestaties die een burger levert in het kader van een algemene sociale beleidsdoelstelling zoals hier het geval is.

Bovendien vragen de verzoekende partijen alsnog een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie:

“Kan men artikel 67.1 van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG aldus uitleggen dat een aanbestedende overheid een gunningscriterium kan hanteren, die verband houdt met een verrichting die plaatsvindt nadat de dienst van de overheidsopdracht is vervuld en aangaande een product dat het gevolg is van de dienst, voorwerp van de overheidsopdracht.”

Uit de indeling van richtlijn 2014/24/EU en de wet overheidsopdrachten 2016 vloeit volgens de verzoekende partijen voort dat de voorbehouden opdrachten zeker niet buiten het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten vallen, en evenmin een bijzonder, soepeler regime met ruimere discretionaire bevoegdheid voor de aanbestedende overheden van toepassing zou zijn. “[N]iets in de Europese of Belgische regelgeving [...] wijst [erop] dat een aanbestedende overheid inzake voorbehouden opdrachten een andere invulling zou mogen geven aan begrippen uit de regelgeving overheidsopdrachten, los van het feit of die begrippen nu voor appreciatie vatbaar zijn of niet. De definities, zoals geformuleerd in Titel 1 van Richtlijn 2014/24/EU, en

Titel II van Richtlijn 2014/24/EU zijn volledig en zonder voorbehoud toepasselijk op voorbehouden opdrachten”.

Ook hier verzoeken zij, indien de Raad anders zou oordelen, de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie:

“Dient men artikel 20 van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG in die zin uit te leggen dat een aanbestedende overheid de mogelijkheid heeft om de begrippen uit voornoemde richtlijn of de procedures voorzien in Titel II van voornoemde richtlijn anders in te vullen.”

### *Beoordeling*

19. Overeenkomstig artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, en tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, wordt de economisch meest voordelige offerte uit het oogpunt van de aanbestedende overheid vastgesteld rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitverhouding die bepaald wordt op grond van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht. Nog volgens deze bepaling mag het daarbij onder meer gaan om criteria inzake sociale, milieu- en innovatieve kenmerken, de handel en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt.

Overeenkomstig artikel 81, § 3, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, worden gunningscriteria geacht verband te houden met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die opdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van de levenscyclus ervan, met inbegrip van factoren die te maken hebben met het specifieke productieproces, het aanbieden of de verhandeling van deze werken, leveringen of diensten, of een specifiek proces voor een andere fase van de levenscyclus ervan, zelfs wanneer deze factoren geen deel uitmaken van de materiële basis ervan.

Aldus wordt vastgesteld dat de Belgische en Europese regelgever – artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 is de *quasi* woordelijke omzetting van artikel 67 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement [en] de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ (hierna: richtlijn 2014/24/EU) – de krijtlijnen waarbinnen een gunningscriterium wordt geacht verband te houden met het voorwerp van de opdracht, zeer ruim hebben getrokken.

Overweging 97 van richtlijn 2014/24/EU stelt de betere integratie van sociale en milieucriteria in de aanbestedingsprocedures voorop, “in ieder opzicht en in elk stadium van de levenscyclus, van de winning van grondstoffen voor het product tot de verwijdering van het product”, “zelfs als deze factoren niet tot de materiële essentie van het werk, de levering of de dienst behoren”. Aldus blijkt de aanbestedende overheid zelfs ook extrinsieke elementen te mogen betrekken bij het vaststellen van een gunningscriterium.

Het is binnen deze ruime perken dat de aanbestedende overheid mag kiezen welke gunningscriteria zij zal hanteren bij de beoordeling van de offertes, om te bepalen welke volgens haar de economisch meest voordelige offerte is. Zij beschikt daarbij in beginsel over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Het komt niet aan de Raad van State toe om zich uit te spreken over de opportuniteit van de keuze voor bepaalde criteria. Wel komt het aan de Raad van State toe om desgevraagd na te gaan of het gehanteerde gunningscriterium het rechtens vereiste verband vertoont met het voorwerp van de opdracht.

20. In het bestek wordt bij de beschrijving van het voorwerp van de opdracht vermeld dat dit voorwerp het huis-aan-huis inzamelen van textielafval omvat en dat de opdrachtnemer instaat voor afvoer en verwerking van het ingezamelde afval.

Het gunningscriterium “Materiële hulpverlening” houdt in dat de inschrijvers minstens een deel van de ingezamelde textielfractie ter beschikking dienen te stellen voor armoedebestrijding binnen de grenzen van de Europese Unie. Een dergelijke vereiste valt binnen een – weliswaar ruime – lezing van de verwerking van het ingezamelde textielafval. In de voornoemde lezing van het begrip “verwerking” heeft dit criterium geen betrekking op de fase na de uitvoering van de opdracht, zoals de verzoekende partijen ten onrechte betogen, doch wel op de herbestemming van het textielafval als finale stap van het verwerkingsproces. Het criterium houdt aldus verband met het voorwerp van de overheidsopdracht in de zin van het voormelde artikel 81, § 3, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016. De omstandigheid dat het materialendecreet en de kaderrichtlijn afvalstoffen een andere definitie hanteren voor de begrippen “verwerking van afvalstoffen” en “hergebruik”, zoals de verzoekende partijen betogen in hun memorie van wederantwoord, doet daar geen afbreuk aan. Deze begrippen hebben hun eigen finaliteit in het licht van de regelgeving die ertoe strekt de negatieve gevolgen van de productie en het beheer van afvalstoffen voor menselijke gezondheid en milieu tot een minimum te beperken. De verzoekende partijen maken niet aannemelijk dat de omstandigheid dat de afvalstof (terug) als een product kan worden beschouwd en bestemd worden voor hergebruik, tot gevolg zou hebben dat deze bestemming geen deel meer mag uitmaken van de taak van de gemeente en niet meer het voorwerp mag uitmaken van de opdracht voor de diensten van inzameling, afvoer en verwerking van textielafval.

Het criterium “Materiële hulpverlening” taxeert aldus wel het prestatieniveau van de dienst die de inschrijver voor de overheid verricht en is wel degelijk relevant voor de aanbestedende overheid om te achterhalen in welke mate de inschrijvers het ingezamelde textiel een sociale bestemming geven. Het valt binnen de voornoemde beoordelingsruimte van de aanbestedende overheid om van de inschrijvers te verlangen dat zij minstens een deel van het textielafval aanwenden voor armoedebestrijding en om dat verlangen in een gunningscriterium met sociale inslag te vertalen.

Indien de verwerende partij zelf zou instaan voor inzameling en verwerking van het textielafval, mag zij vanuit haar beleid van oordeel zijn dat het ingezamelde en verwerkte textiel in een eindfase ter beschikking wordt gesteld van armoedebestrijding. In die mate maakt die bestemming wel degelijk deel uit van de openbare dienstverlening van de gemeente en strekt dit gunningscriterium de aanbestedende overheid wel degelijk tot voordeel, ook al gaat het niet om een voordeel van zuiver economische aard. In het licht van het gegeven dat de voorliggende opdracht wordt ingebed in de sociale economie en het sociale beleid van de gemeente, peilt het gunningscriterium naar de kwaliteit van de dienstverlening, waarbij het de aanbestedende overheid toekomt om een offerte waar, in een bepaalde mate, het ingezamelde textiel voor materiële hulpverlening en armoedebestrijding wordt aangewend, beter te waarderen dan een offerte waarin het ingezamelde textiel louter als handelsgoed wordt doorverkocht.

De verzoekende partijen maken voorts niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid met dit gunningscriterium peilt naar het bredere ondernemingsbeleid van de inschrijvers, zoals het geval was in het arrest “*Wienstrom*” van het Europees Hof van Justitie, waar het Hof het gunningscriterium dat extra punten opleverde voor de groenestroomproductie van de inschrijvers in het algemeen, boven de geraamde vraag van de aanbestedende overheid, niet toelaatbaar achtte, en welke voorwaarde in richtlijn 2014/24/EU is bevestigd (overweging 97). De koppeling met specifieke prestaties in het kader van de voorliggende opdracht is aanwezig in het bestek, daar waar er met dit gunningscriterium onder meer wordt gepeild naar de doeltreffendheid van de methode om de doelgroep (personen in armoede) aan wie het ingezamelde textiel ter beschikking zal worden gesteld, te bereiken, alsook naar de prijs van het verkochte textiel aan die doelgroep, en niet louter naar de “Materiële hulpverlening” van de inschrijvers in het algemeen. Om dezelfde reden maken de verzoekende partijen evenmin aannemelijk dat het gunningscriterium “materiële hulpverlening” geen verband meer zou houden met de kwaliteit van de dienst die de gekozen inschrijver verricht voor de aanbestedende overheid, maar met de bestemming van het opgehaalde textielafval als product en bijgevolg met de mate

waarin de gekozen inschrijver sociale doelstellingen nastreeft in het raam van zijn (commerciële) activiteit.

21. Het vierde gunningscriterium “Verwerking ingezameld textiel-afval” peilt blijkens het bestek naar de wijze waarop de inschrijver de textielfractie zal sorteren zodat hergebruik mogelijk is en de wijze waarop de restfractie nadien wordt verwerkt. Een dergelijk algemeen criterium sluit niet uit dat het te dezen bekritiseerde tweede gunningscriterium in het bijzonder zou peilen naar een bepaald sociaal aspect van het verwerkingsproces, waar de verwerende partij kennelijk bijzondere aandacht aan wenst te besteden.

22. De prejudiciële vraag betreffende artikel 67.1 van richtlijn 2014/24/EU over de mogelijke draagwijdte van een gunningscriterium, zoals voorgesteld in de laatste memorie van de verzoekende partijen, berust op de veronderstelling dat het bekritiseerde gunningscriterium peilt naar het verrichten van een dienst die plaatsvindt nadat de overheidsopdracht is uitgevoerd.

Uit de voorgaande beoordeling blijkt dat deze veronderstelling het inherent sociale karakter van de voorliggende opdracht miskent, waarbij het element “materiële hulpverlening” wel degelijk deel uitmaakt van de eigenlijke opdracht, zodat de voorgestelde prejudiciële vraag niet hoeft te worden gesteld.

Bij de keuze voor een gunningscriterium en het onderzoek naar de rechtmatigheid ervan, het bijzonder kenmerk betrekken dat het gaat om een voorbehouden opdracht, betekent niet dat de overheid hierop een bijzondere aanbestedingsregeling toepast, afwijkend van de definities en de algemene regels van de wet overheidsopdrachten. De voorgestelde prejudiciële vraag over artikel 20 van de voornoemde richtlijn is bijgevolg, mede ook omwille van haar te algemene strekking, niet dienstig.

23. Het eerste onderdeel dient te worden verworpen.

## *Tweede onderdeel*

### *Uiteenzetting van het middelonderdeel*

24. In een tweede onderdeel voeren de verzoekende partijen de schending aan van het beginsel van de gelijke behandeling, het non-discriminatiebeginsel, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, artikel 81, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 en de materiële motiveringsplicht, doordat “inzake het gunningscriterium ‘materiële dienstverlening’ het bestek ten onrechte het bewijs van terbeschikkingstelling van ingezamelde textielfractie beperkt tot de Europese Unie” en “dergelijke clause de geïnteresseerde inschrijver, die zijn ingezamelde textiel hoofdzakelijk/gedeeltelijk ter beschikking stelt van derdewereldlanden benadeelt; dat verzoekende partijen een deel van hun herbruikbaar textielafval ter beschikking stellen van dergelijke landen”.

In de toelichting bij het onderdeel wijzen de verzoekende partijen erop dat het gunningscriterium “Materiële hulpverlening” enkel rekening houdt met het ter beschikking stellen van ingezameld textiel voor armoedebestrijding binnen de Europese Unie. Voor die beperking bestaat geen enkele rechtvaardiging. Zij doen gelden:

“Verzoekende partijen zijn ondernemingen, die voor de nuttige toepassing van het textielafval ook een grote afzetmarkt heeft bij de kansarmen in Afrika. Verzoekende partijen zetten deze producten daar af tegen een heel goedkope prijs. Verzoekende partijen hebben echter dit niet mogen in rekening brengen in het raam van huidige overheidsopdracht. Dit heeft hen zeker benadeeld ten aanzien van de gekozen inschrijver, die meer dan waarschijnlijk vooral het textielafval afzet binnen de Europese Unie.”

25. In hun memorie van wederantwoord betogen de verzoekende partijen nog het volgende:

“Door het gunningscriterium te beperken tot het grondgebied van de Europese Unie worden verzoekende partijen gediscrimineerd aangezien hun werkingsgebied zich grotendeels buiten de Europese Unie bevindt. Een dergelijk gunningscriterium bevoordeelt inschrijvers die enkel binnen

de Europese Unie actief zijn. Een dergelijk onderscheid is zonder meer discriminerend en heeft niets te maken met een slechte verliezer te zijn.

Een onderscheid tussen bepaalde categorieën, zoals in casu nl. onderneming actief binnen de Europese Unie en ondernemingen actief buiten de Europese Unie, is daarenboven enkel mogelijk wanneer voldaan is aan een aantal voorwaarden. Zo moet het onderscheid een wettig doel nastreven, voor het onderscheidscriterium moet er een objectieve en redelijke verantwoording zijn en er moet een evenredigheid bestaan met het nagestreefde doel.

Welnu, verwerende partij geeft niet aan welk doel zij evenwel nastreeft met dit geografisch onderscheid, laat staan dat zij aangeeft dat dit onderscheid wettig is en steunt op een objectieve en redelijke verantwoording.

Verzoekende partij is van oordeel dat het geografisch onderscheid niet objectief en redelijk kan worden verantwoord. Bovendien, het gegeven of een onderneming nu binnen of buiten de Europese Unie in hoofdzaak actief is houdt ook geen enkel verband met het prestatieniveau van die inschrijver.

Ten slotte, zelfs indien er sprake zou zijn van een objectieve rechtvaardiging — quod non — dan is de beperking minstens niet evenredig. Het voorwerp van de opdracht is immers afvalverwerking, dat is het uiteindelijke doel. Welnu het beperken tot de Europese Unie houdt geen verband met het te bereiken doel van afvalinzameling en verwerking.”

### *Beoordeling*

26. Het komt aan de aanbestedende overheid toe om de gunningscriteria te bepalen die zij zal hanteren bij de beoordeling van de offertes en zij beschikt daarbij in beginsel over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Het komt niet aan de Raad van State toe om zich uit te spreken over de opportuniteit van de keuze voor bepaalde gunningscriteria. De door een aanbestedende overheid vastgestelde gunningscriteria dienen echter wel verband te houden met het voorwerp van de opdracht, mogen de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, dienen uitdrukkelijk vermeld te zijn in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en dienen de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie te eerbiedigen.

27. De verzoekende partijen doen in essentie gelden dat zij zich gediscrimineerd voelen door de vereiste om bij de offerte een beschrijving te voegen van de wijze waarop de inschrijver het ingezamelde textiel voor

armoedebestrijding binnen de grenzen van de Europese Unie ter beschikking zal stellen. Zij zouden hun textiel namelijk in hoofdzaak ter beschikking stellen van derdewereldlanden.

Een verzoekende partij die de schending van het gelijkheidsbeginsel aanvoert, moet dit in het verzoekschrift met concrete en precieze gegevens aantonen. Zij moet daarbij in de eerste plaats de vergelijkbaarheid aantonen van haar eigen situatie met die van anderen en vervolgens duidelijk maken waarom de verschillende behandeling daarvan een discriminatie uitmaakt.

In hun verzoekschrift, noch in hun memorie van wederantwoord maken de verzoekende partijen op enige wijze aannemelijk of *in concreto* inzichtelijk dat of hoe zij het ingezamelde textiel ter beschikking zouden stellen voor armoedebestrijding of materiële hulpverlening in derdewereldlanden. Daarop gewezen in het auditoraatsverslag, geven zij daarover evenmin enige toelichting in hun laatste memorie. Uit de offerte van de verzoekende partijen blijkt zelfs niets omtrent dergelijke armoedebestrijding of materiële hulpverlening in derdewereldlanden. In hun offerte vermelden zij immers:

“Ongeveer 77 % van het textielafval kan hergebruikt worden als kledij, 20 % wordt gebruikt als poetsdoek of als recuperatieproduct in diverse industrieën [...] en eventueel als brandstof voor cementovens. De nog draagbare kledij wordt opgesplitst in diverse gradaties [...]. Ongeveer 30 % van het ingezamelde textiel wordt als kledij hergebruikt op de Belgische en Europese markt. De overige 47% wordt geëxporteerd buiten de Europese Unie.”

Dat een bepaald percentage van het textiel wordt bestemd voor export naar gebieden buiten de Europese Unie, houdt op zich niet in dat het gaat om armoedebestrijding of materiële hulpverlening in derdewereldlanden. Integendeel maken de verzoekende partijen zelf gewag van de begrippen export en afzetmarkt, wat een primair commercieel gebruik van het ingezamelde textiel veronderstelt. Daarnaast mag, anders dan de verzoekende partijen doen, niet zomaar worden verondersteld dat de vermelding “buiten de Europese Unie” sowieso landen in Afrika betreft.

Aldus mist het middel feitelijke grondslag, aangezien de verzoekende partijen niet aannemelijk maken dat zij effectief aan armoedebestrijding of materiële hulpverlening in ontwikkelingslanden doen, welke hulpverlening zij dan ten onrechte niet in de schaal zouden mogen leggen bij de toetsing van hun offerte aan het gunningscriterium “Materiële hulpverlening”.

28. Het tweede onderdeel wordt verworpen.

### *Derde onderdeel*

#### *Uiteenzetting van het middelonderdeel*

29. De verzoekende partijen betogen dat de beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver in het gunningsverslag voor het gunningscriterium “Materiële hulpverlening” steunt op elementen die geen verband houden met het voornoemde gunningscriterium en de uitleg die men ervan terugvindt in het in voorliggende zaak toepasselijk bestek, zodat die motieven rechtens niet aanvaardbaar zijn en een miskenning inhouden van het toepasselijk bestek. Zij menen meer bepaald dat de beoordeling dat de gekozen inschrijver in het algemeen samenwerkt met erkende partnerorganisaties, niets zegt over de wijze waarop de gekozen inschrijver zijn ingezamelde textiel zal ter beschikking stellen voor de bestrijding van kansarmoede.

In de toelichting bij het middelonderdeel wijzen de verzoekende partijen op het volgende:

“In het raam van de beschrijving van de offerte van de gekozen inschrijver zet verwerende partij uiteen dat de gekozen inschrijver opteert voor een samenwerking met erkende partnerorganisaties. In het verdere verloop van de beschrijving gebruikt de verwerende partij altijd het meervoud bij de werkwoorden. Logisch gezien heeft de tekst, minstens aangaande de twee eerste alinea, betrekking op de erkende partnerorganisaties.

In elk geval kunnen verzoekende partij uit de ‘motivering’ in het gunningsverslag betreffende het gunningscriterium ‘Materiële dienstverlening’ niet opmaken op welke wijze de offerte van de gekozen

inschrijver goed scoort aangaande het ter beschikking stellen van de ingezamelde textielfractie voor armoedebestrijding. Het louter samenwerken met erkende partnerorganisaties toont nog niet concreet aan op welke wijze en in welke mate de gekozen inschrijver het in het raam van huidige opdracht ingezameld textiel ter beschikking zal stellen van armoedebestrijding.

In de vermelde ‘motivering’ vindt men niets terug over de doeltreffendheid van de methode om het textiel ter beschikking te stellen van armoedebestrijding. Ook kan men niets lezen over de prijs of over de plaats, die de materiële dienstverlening inneemt in de organisatie van de gekozen inschrijver. Bijgevolg is het voor verzoekende partijen totaal niet duidelijk hoe verwerende partij 20 punten voor dit gunningscriterium kon toekennen aan de gekozen inschrijver.”

30. In hun memorie van wederantwoord betogen de verzoekende partijen, wat hun belang bij het derde onderdeel betreft, het volgende:

“In de hypothese dat [de] Raad het eerste en tweede onderdeel van het eerste middel en/of het derde middel ongegrond zou verklaren en het derde onderdeel van het eerste middel blijkt gegrond, dan hebben verzoekende partijen wel degelijk belang bij dit onderdeel.

Immers, indien blijkt dat de punten van de gekozen inschrijver niet kloppen voor het tweede gunningscriterium en voor het vierde gunningscriterium, dan bestaat er nog altijd een mogelijkheid dat verzoekende partijen wel degelijk meer punten kunnen halen dan de gekozen inschrijver. Immers, het puntentotaal voor beide gunningscriteria samen bedraagt 50 punten. Het totaal verschil op dit ogenblik tussen verzoekende partijen en de gekozen inschrijver bedraagt 30 punten.”

Wat de grond van het derde onderdeel betreft, wijzen zij erop dat de samenwerking met erkende partnerorganisaties niet aantoont dat deze methode de mogelijkheid biedt om personen in armoede te bereiken en zeker niet om ze op een doeltreffende wijze te bereiken. In het algemeen zegt de motivering niets over de doeltreffendheid van de vermeende methode voorgesteld door de gekozen inschrijver. De verwerende partij geeft zelf toe dat er geen cijfers verstrekt worden inzake hulpverlening. Bijgevolg kan de gekozen inschrijver dan ook geen punten hebben gekregen inzake prijs of omvang van de kortingen. Ten slotte is er ook geen motivering terug te vinden over het ingebed zijn van de materiële dienstverlening in de organisatie van de inschrijver. De verzoekende partijen besluiten:

“Op geen enkele wijze is er enig verband tussen de motivering, die de score van de gekozen inschrijver moet verantwoorden voor het tweede gunningscriterium, en het concrete voorwerp van de opdracht. Nergens blijkt uit dat de motivering, waarover sprake is in het gunningsverslag, gerelateerd is aan het textiel dat de gekozen inschrijver zal ophalen tijdens de uitvoering van de litigieuze overheidsopdracht. De motivering blijft heel algemeen en gaat over hoe de gekozen inschrijver in het algemeen samenwerkt, doch het zegt niet op welke manier dit nu bijdraagt tot het effectief ter beschikking stellen van het op te halen textiel voor armoedebestrijding.”

31. In hun laatste memorie blijven de verzoekende partijen bij hun standpunt dat de gunningsbeslissing inzake het criterium “Materiële dienstverlening” weliswaar motieven bevat, maar dat deze motieven nietszeggend zijn, geen verband houden met het gunningscriterium en niet uitleggen op welke wijze deze motieven de (betere) kwaliteit van de offerte van de gekozen inschrijver aantonen. Een samenwerking met bepaalde specifieke partners is inderdaad een methode, maar daarmee is nog niet aangetoond dat deze methode de doelstelling van het gunningscriterium helpt realiseren en dus helpt om te komen tot een betere offerte.

### *Beoordeling*

32. Anders dan de verwerende partij doet gelden, leidt het feit dat de verzoekende partijen voor het gunningscriterium “Materiële hulpverlening” een nulscore hebben gekregen, op zich niet tot de vaststelling dat zij geen belang zouden hebben bij het middelonderdeel dat de toetsing van de offerte van de gekozen inschrijver aan de hand van dit criterium bekritiseert.

33. Blijkens zijn offerte kiest de gekozen inschrijver voor de materiële hulpverlening samen te werken met diverse sociale actoren – zoals OCMW, ziekenhuizen, daklozenorganisaties – waarbij hij als kringwinkel via basispakketten en aankoop- en cadeaubons kleding ter beschikking stelt van doelgroepen die zich via deze partnerorganisaties aanmelden. Blijkens de motieven in het gunningsverslag zoals weergegeven *sub* 3.6, werden deze

voorgestelde werkwijze en initiatieven inzake materiële hulpverlening, wel degelijk getoetst aan het gunningscriterium “Materiële hulpverlening”, en betreft deze beoordeling ook de rol van de gekozen inschrijver als kringwinkel in die hulpverlening via samenwerking, en niet enkel de partnerorganisaties zoals de verzoekende partijen betogen.

De motivering betreft aldus wel degelijk een positieve beoordeling van de door de gekozen inschrijver aangegeven “methode om de doelgroep (personen in armoede) te bereiken” alsook van “de prijs van het verkochte textiel aan de doelgroep”, waar ze verwijst naar de basispakketten (gratis) en de aankoop- en cadeaubonnen.

De verzoekende partijen maken niet aannemelijk dat de puntentoekenning op willekeur zou berusten en de woordelijke motieven in het gunningsverslag deze puntentoekenning niet zouden kunnen dragen. Minstens blijkt niet dat een zorgvuldige aanbestedende overheid deze score niet zou mogen koppelen aan de uitgedrukte beoordeling. De verzoekende partijen maken ten slotte evenmin aannemelijk dat de aanbestedende overheid op onzorgvuldige wijze heeft geoordeeld dat de samenwerking met erkende partnerorganisaties een doeltreffende wijze is om personen in armoede en andere doelgroepen te bereiken.

34. Het derde onderdeel wordt verworpen.

### *C. Derde middel*

#### *Uiteenzetting van het middel*

35. De verzoekende partijen voeren in het derde middel de schending aan van artikel 159 van de Grondwet, artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij achten deze bepalingen en beginselen geschonden doordat:

“het bestek Ref. 2017198 enkel voorziet in vier kwalitatieve gunningscriteria, en geen criterium op basis van prijs of op basis van kosten, en de verwerende partij de beoordeling van de offertes en de keuze van de economisch meest voordelige offerte aldus enkel heeft gedaan op basis daarvan;

Terwijl op grond van artikel 81 van de wet overheidsopdrachten [2016] aanbestedende overheden verplicht zijn om minstens een prijs- of kostencriterium op te nemen in de gunningscriteria;

Dat op grond van de materiële motiveringsplicht de beslissing van een administratieve overheid moet steunen op juiste feitelijke elementen en rechtens aanvaardbare motieven, elementen en motieven die bovendien de beslissing in redelijkheid moeten kunnen verantwoorden;

Dat de lastvoorwaarden als bestek onwettig zijn omdat louter voorzien is in kwalitatieve gunningscriteria.”

In de toelichting bij het middel wijzen de verzoekende partijen erop dat het bestek niet voorziet in een prijs- of kostencriterium hoewel dat wettelijk verplicht is. Deze onwettigheid die kleeft aan het bestek, leidt automatisch tot de onwettigheid van de gunningsbeslissing. Het staat zodoende niet vast dat de offerte van de tussenkomende partij de economisch meest voordelige offerte is.

Zij betogen voorts dat de uitzondering bepaald in artikel 81, § 2, laatste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 niet van toepassing is, aangezien het, volgens hen, hier niet gaat om een opdracht tegen een vaste prijs of een vaste kost, wat overigens blijkt uit eerdere overheidsopdrachten die in de sector werden uitgeschreven en waar de diverse inschrijvers elk een eigen en van elkaar verschillende prijs opgeven. In ieder geval doet de verwerende partij geen beroep op deze bepaling en de daarin bepaalde uitzondering. Het bestek bevat naar het standpunt van de verzoekende partijen geen enkele motivering voor het niet opnemen van een kostencriterium.

36. In hun memorie van wederantwoord benadrukken de verzoekende partijen dat het gebruik van een prijs- of kostencriterium verplicht is en uitdrukkelijk voorkomt zowel in artikel 81 van de wet overheidsopdrachten

2016 als in richtlijn 2014/24/EU. Ook verwijzen zij naar de overwegingen van die richtlijn, de parlementaire voorbereiding van de wet overheidsopdrachten 2016 en naar rechtsleer. De uitzonderingen op het gebruik van een prijs- of kostencriterium, die bovendien restrictief moeten worden uitgelegd, zijn hier niet van toepassing. Zij betogen dat “enkel wanneer er een nationale bepaling is die voorschrijft dat textielinzameling een dienstverlening is die wordt beloond[,] kan afgeweken worden van de principiële plicht tot het hanteren van een prijs- of kostencriterium”. Het feit dat de dienstverlener kan beschikken over het textielafval, welke een positieve waarde heeft, doet hieraan geen afbreuk. Bij het toepassen van een prijs- of kostencriterium is de vraag of de inschrijver een vermogensvoordeel behaalt bovendien irrelevant, aangezien het behalen van een vermogensvoordeel net één van de essentiële elementen is om te kunnen spreken van een overheidsopdracht.

De verzoekende partijen wijzen er ten slotte op dat de sociaal-economische overwegingen die vervat zijn in de overheidsopdracht, evenmin een uitzonderingsgrond vormen op het wettelijk verankerd principe dat er een verplicht prijs- of kostencriterium dient te zijn. Noch de bepaling inzake de voorbehouden opdracht, noch de bepaling inzake sociale gunningscriteria bevatten de mogelijkheid om een prijs- of kostencriterium uit te sluiten.

### *Beoordeling*

37. Artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“§ 1. De aanbestedende overheid baseert de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige offerte.

§ 2. De economisch meest voordelige offerte uit het oogpunt van de aanbestedende overheid wordt, naar keuze, vastgesteld :

1° op basis van de prijs;

2° op basis van de kosten, rekening houdend met de kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, overeenkomstig artikel 82;

3° rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding die bepaald wordt op basis van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het

voorwerp van de betrokken opdracht. Het kan onder meer gaan om de volgende criteria :

a) kwaliteit, waaronder technische verdienste, esthetische en functionele kenmerken, toegankelijkheid, geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers, sociale, milieu- en innovatieve kenmerken, de handel en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt;

b) de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht;

c) klantenservice en technische bijstand, alsook leveringsvoorwaarden zoals de leveringsdatum, de leveringswijze en de leverings- of uitvoeringstermijn.

Het kostenelement kan ook de vorm aannemen van een vaste prijs of vaste kosten op basis waarvan de ondernemers zullen concurreren op kwaliteitscriteria alleen.

[...].”

38. In het bestek wordt in punt I.4 het volgende bepaald omtrent de wijze van prijsvaststelling:

“De gemeente betaalt de opdrachthouder niet om het textiel op te halen. De opdrachthouder wordt vergoed door het recht om het textiel huis-aan-huis op te halen en te beschikken over het door hem ingezamelde textiel.”

Aldus heeft de aanbestedende overheid te dezen ervoor gekozen de inschrijvers geen prijs in geld uitgedrukt te betalen voor de uitvoering van de opdracht, maar enkel een vaste vergoeding *in natura* in de vorm van het ingezamelde textiel.

De voorliggende opdracht, anders dan de verzoekende partijen betogen, valt bijgevolg wel degelijk onder de hypothese vervat in artikel 81, § 2, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, met name het geval waarin het kostenelement de vorm aanneemt van een vaste prijs, op grond waarvan de inschrijvers zullen concurreren op kwaliteitscriteria alleen.

Bovendien werd de opdracht door de aanbestedende overheid met toepassing van artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 ingebed in de

sociale economie. Ook dit gegeven verantwoordt waarom de aanbestedende overheid te dezen heeft gekozen voor een vaste vergoeding van de inschrijvers *in natura* en niet voor een in geld uitgedrukt prijs criterium op grond waarvan de inschrijvers met elkaar in rechtstreekse prijsconcurrentie dienen te treden. Er blijkt niet dat de verwerende partij met deze keuze in haar sociaal beleid tegen de zorgvuldigheid ingaat of de toepasselijke regelgeving zou schenden.

Anders dan de verzoekende partijen betogen, dient het bestek in principe niet uitdrukkelijk te motiveren waarom er geen prijs criterium in werd opgenomen, minstens voeren de verzoekende partijen geen rechtsgrond aan voor die stelling.

Dat in het kader van andere opdrachten voor textielinzameling door andere overheden wel een prijs criterium werd bepaald, doet op zich geen afbreuk aan de vrijheid van de aanbestedende overheid om te dezen de beleidskeuze te maken om in de in het geding zijnde opdracht te werken met een vaste prijs *in natura*.

39. Het derde middel wordt verworpen.

#### *D. Tweede middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

40. De verzoekende partijen voeren in een tweede middel de schending aan van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, het gelijkheids- en het transparantiebeginsel, de materiële motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht als beginselen van behoorlijk bestuur en het patere-legem-quam-ipse-fecistibeginsel, met inbegrip van de bestekbepalingen.

Zij achten deze bepalingen en beginselen geschonden doordat:

“de offerte van de gekozen inschrijver blijkens de motieven in het gunningsverslag in werkelijkheid minder beantwoordt aan het gunningscriterium ‘Verwerking ingezamelde textielafval’ en desalniettemin een hogere score (in punten) toegekend krijgt dan de offerte van verzoekende partij;

Dat de offertes in het licht van dit gunningscriterium ‘Verwerking ingezamelde textielafval’ worden getoetst op basis van het aanbod inzake ‘lokaal hergebruik’;

Terwijl bij het beoordelen van de offertes aan de hand van de gunningscriteria, de invulling van voormelde criteria moet overeenstemmen met de invulling opgenomen in het bestek;

Dat het bestek bepaalt dat in het kader van het gunningscriterium ‘Verwerking ingezameld textielafval’ de offertes zullen worden getoetst aan de hand van de kwaliteit van sorteren, zodat hergebruik mogelijk is en de lokale verwerking van de restfractie nadien;

Dat bij het beoordelen van de offertes aan de hand van de gunningscriteria een verschil tussen de offertes op een redelijke en evenredige wijze moet worden vertaald in een onderscheiden score.”

In de toelichting bij het middel wijzen de verzoekende partijen erop dat uit de omschrijving van het vierde gunningscriterium in het bestek blijkt dat twee elementen essentieel zijn, namelijk de wijze van sorteren zodat hergebruik mogelijk is én het zo optimaal mogelijk lokaal hoogwaardig verwerken van de restfractie nadien. Het is op grond van deze informatie dat de verzoekende partijen hun offerte hebben opgesteld.

Blijkens het gunningsverslag verstaat de verwerende partij onder “hergebruik” zowel hergebruik als tweedehandskledij als hergebruik als recyclage. De verwerende partij maakt immers een onderscheid, bij de omschrijving van de offerte van de verzoekende partijen, tussen hergebruik voor recyclage van textiel (20 %) en hergebruik als tweedehandskledij (77 %). De “restfractie” is hetgeen dat niet kan worden hergebruikt, noch als tweedehandskledij, noch als recyclage. De restfractie is het gedeelte dat moet worden verwerkt.

Het eerste element van het gunningscriterium houdt zodoende in dat hoe meer hergebruik wordt voorgeschreven in de offerte, hoe hoger de offerte zal scoren. Welnu, wat hergebruik betreft, blijkt uit de beschrijving van de offertes in het gunningsverslag dat de tussenkomende partij 50 % kan aanbieden als hergebruik terwijl de verzoekende partijen 97 % kunnen aanbieden (20 % hergebruik voor recyclage en 77 % voor hergebruik als tweedehandskledij). De offerte van de verzoekende partijen dient zodoende aanzienlijk hoger te scoren wat dit element betreft, dan de offerte van de tussenkomende partij. Het gaat immers om een aanzienlijk verschil tussen beide offertes, welke voor de verzoekende partijen op een positieve wijze moet worden vertaald in de toegekende score voor dit gunningscriterium. Dit is echter niet het geval. Integendeel zelfs, de offerte van de tussenkomende partij krijgt vijf punten meer dan de offerte van de verzoekende partijen.

Het tweede element van het gunningscriterium betreft de wijze waarop de restfractie nadien zo optimaal mogelijk lokaal verwerkt wordt. Volgens het bestek en het gunningsverslag gaat het om het textielafval dat niet kan worden hergebruikt, en met andere woorden zuiver restafval is dat verwerkt moet worden. Wat de restfractie betreft, zoals blijkt uit de beschrijving van de offertes in het gunningsverslag, deelt de tussenkomende partij enkel mee dat zij de restfractie, zijnde 50 % van het ingezamelde textielafval, zal afvoeren naar een erkend afvalverwerker. Immers komt slechts 50 % blijkens het gunningsverslag in aanmerking voor verkoop in kringwinkels. Uit het gunningsverslag kunnen de verzoekende partijen enkel maar begrijpen dat 50 % ook gewoon verwijderd wordt en dat er geen sprake is van enige nuttige toepassing. Welnu, opnieuw dient de offerte van de verzoekende partijen op dit punt hoger te scoren aangezien slechts 3,5 % van het ingezamelde textielafval zich voordoet als restfractie welke lokaal hoogwaardig wordt verwerkt (hoog calorische verbrandingsinstallatie) en niet kan worden hergebruikt. Dit is echter niet het geval en de offerte van de tussenkomende partij krijgt zelfs een hogere score dan deze van de verzoekende partijen.

Op beide elementen beantwoordt de offerte van de verzoekende partijen beter aan het in het bestek gevraagde onder het gunningscriterium “Verwerking ingezameld textielafval”. Desondanks wordt dit omgekeerd vertaald in de toegekende scores: 25 punten voor de tussenkomende partij en 20 punten voor de verzoekende partijen. Op dit punt is de beoordeling dan ook niet coherent en logisch, “minstens kennelijk onredelijk”, aldus de verzoekende partijen.

Vervolgens doen de verzoekende partijen nog gelden dat de verwerende partij in het gunningsverslag het vierde gunningscriterium een andere invulling heeft gegeven dan voorgeschreven in het bestek. Zo wordt de hogere score voor de offerte van de tussenkomende partij woordelijk gemotiveerd door te stellen dat er meer de nadruk wordt gelegd op “lokaal hergebruik” terwijl dit geen element is dat voorkomt in de beschrijving van het gunningscriterium in het bestek. Het “lokale” heeft volgens de beschrijving in het bestek geen betrekking op het hergebruik maar enkel op de verwerking. De verwerende partij heeft zodoende bij het beoordelen van de offertes een afwijkende invulling gegeven aan dit gunningscriterium. Uit geen enkele wettelijke of reglementaire bepaling blijkt dat men het begrip “lokaal” kan uitstrekken tot heel Europa.

41. In hun memorie van wederantwoord betogen de verzoekende partijen, wat de ontvankelijkheid van het tweede middel betreft, het volgende:

“In de hypothese dat [de] Raad het eerste en tweede onderdeel van het eerste middel en/of het derde middel ongegrond zou verklaren en het derde onderdeel van het eerste middel blijkt gegrond, dan hebben verzoekende partijen wel degelijk belang bij het tweede middel. Immers, indien blijkt dat de punten van de gekozen inschrijver niet kloppen voor het tweede gunningscriterium en voor het vierde gunningscriterium, dan bestaat er nog altijd een mogelijkheid dat verzoekende partijen wel degelijk meer punten kunnen halen dan de gekozen inschrijver. Immers, het puntentotaal voor beide gunningscriteria samen bedraagt 50 punten. Het totaal verschil op dit ogenblik tussen verzoekende partijen en de gekozen inschrijver bedraagt 30 punten.”

### *Beoordeling*

42. De verzoekende partijen bekritisieren de beoordeling van de offertes aan de hand van het vierde gunningscriterium “Verwerking ingezameld textielafval”, waarbij zij in essentie doen gelden dat hun offerte te weinig punten heeft gekregen en die van de gekozen inschrijver te veel.

43. Er wordt vastgesteld dat voor het vierde gunningscriterium de offerte van de verzoekende partijen in het gunningsverslag 20 op 25 punten krijgt, terwijl de offerte van de gekozen inschrijver 25 op 25 punten krijgt. Het totale puntenverschil tussen de als eerst gerangschikte offerte van de gekozen inschrijver met 90 punten en de offerte van de verzoekende partijen met 60 punten bedraagt 30 punten. Het vierde gunningscriterium heeft betrekking op in totaal 25 punten.

De verzoekende partijen maken niet aannemelijk hoe een herbeoordeling van de offertes aan de hand van het vierde gunningscriterium dit aanzienlijk puntenverschil kan overbruggen zodat hun offerte voor gunning van de opdracht in aanmerking zou komen.

Het middel wordt bijgevolg verworpen als niet-ontvankelijk wegens gebrek aan belang.

44. Het tweede middel wordt verworpen.

### **BESLISSING**

#### **1. De Raad van State verwerpt het beroep.**

**2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 600 euro, elk voor een derde en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negen januari tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

|                     |                  |
|---------------------|------------------|
| Dierk Verbiest,     | kamervoorzitter, |
| Johan Bovin,        | staatsraad,      |
| Patricia De Somere, | staatsraad,      |
| bijgestaan door     |                  |
| Greta Scheveneels,  | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Greta Scheveneels**

**Dierk Verbiest**