

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 246.602 van 10 januari 2020
in de zaak A. 229.746/XII-8843**

In zake: de BVBA VAN WERVEN BELGIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Tom Hens en Koen Van Den Wyngaert
kantoor houdend te 2300 Turnhout
de Merodelei 112
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV INTERCOMMUNALE VERENIGING VERENIGDE
KOMPOSTBEDRIJVEN (VERKO)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Watermaal-Bosvoorde
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 december 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van de [de nv Intercommunale Vereniging Verenigde Kompostbedrijven (Verko)] van 21 november 2019 (nr. 2019/12; punt 6 ‘Recyclageparken’ van de beraadslagingen) waarbij als volgt werd beslist:

‘[...]

C. Besluit en voorstel

[...]

Wordt voorgesteld de opdracht ‘Verwerking en transport van harde plastics’ te gunnen aan de firma Renewi uit Mol voor een bedrag van € 148.894,34 excl. btw op jaarbasis, of € 595.577,36 excl. btw voor de ganse duur van de opdracht (2 jaar + 2 x 1 jaar verlengbaar). [...];

XII-8843-1/11

De Raad van Bestuur besluit het voorstel goed te keuren””.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 januari 2020, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Koen Van Den Wyngaert, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp “het ophalen en verwerken van harde plastics afkomstig van de recyclageparken van Verko”.

De opdracht wordt op 20 september 2019 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 25 september 2019 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “RP Harde plastics 2019”.

De opdracht wordt gegund via een openbare procedure en wordt in het bestek als volgt omschreven:

“De opdracht omvat de verwerking en het transport van harde plastics die selectief worden ingezameld op de 10 recyclageparken van Verko te Dendermonde (Appels), Berlare, Wichelen, Wetteren, Laarne, Melle, Lebbeke, Buggenhout, Dendermonde (industrieterrein Hoogveld) en Hamme, van de huis aan huis inzameling en van de bedrijfsvoering van Verko alsook het voorzien van een aantal 40m³ open containers per recyclagepark.”

Het bestek voorziet in twee gunningscriteria met elk een eigen weging, namelijk de ‘Prijs’ op 80 punten en ‘Milieumaatregelen’ op 20 punten.

Het gunningscriterium ‘Milieumaatregelen’ wordt in het bestek als volgt omschreven:

“De afstand van de verwerkingsplaats tot het recyclagepark van Appels, Bevrijdingslaan 201, als referentiepunt en gemeten via Google Maps (kortste route) is bepalend voor het aantal te behalen punten zijnde:

Afstand	<20 km	20 punten
	>20 km én <30 km	15 punten
	>30 km én <40 km	10 punten
	>40 km én <50 km	5 punten
	>50 km	0 punten”

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 30 oktober 2019.

Twee inschrijvers dienen een offerte in, namelijk de nv Renewi en de verzoekende partij de bvba Van Werven België.

3.4. Uit de gunningsbeslissing van 21 november 2019 waarin het gunningsverslag is opgenomen, blijkt dat, na selectie van de beide inschrijvers, in het kader van het regelmatigheidsonderzoek het volgende, wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt vastgesteld:

“In de inventaris van Van Werven staat Site Van Werven België Divisie Hamme, Zwaarveld 55, 8-9220 Hamme vermeld als verwerkingsplaats. Uit de offerte blijkt echter dat deze plaats gebruikt wordt als op- en overslag-

plaats en dat Van Werven site Lanaken, Europark 114, 8-3620 Lanaken gebruikt wordt als verwerkingsplaats. Deze fout is duidelijk en er werd verder rekening gehouden met Van Werven België site Lanaken, Europark 114, 8-3620 Lanaken als verwerkingsplaats.”

De beide offertes worden regelmatig bevonden.

Wat het gunningscriterium ‘Prijs’ betreft, leidt de beoordeling van de beide offertes tot een puntentoekenning van 76,25 punten aan de nv Renewi en van 80 punten aan de verzoekende partij.

Wat het gunningscriterium ‘Milieumaatregelen’ betreft luidt de beoordeling en vergelijking:

“2. Milieumaatregelen (20)

De afstand van de verwerkingsplaats tot het recyclagepark van Appels, Bevrijdingslaan 201, als referentiepunt en gemeten via Google Maps (kortste route) is bepalend voor het aantal te behalen punten zijnde:

Afstand	<20 km	20 punten
	>20 km én <30 km	15 punten
	>30 km én <40 km	10 punten
	>40 km én <50 km	5 punten
	>50 km	0 punten

- Renewi	Waaslandlaan 11, Lokeren	19,6 km	20,0 ptn
- Van Werven	Europark 114, Lanaken	149,0 km	0,0 ptn”

De verwerende partij beslist op 21 november 2019 om de opdracht te gunnen aan de nv Renewi die 96,25 punten krijgt tegenover 80 punten voor de verzoekende partij.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende

noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het eerste en tweede middel

A. Eerste middel – Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 4, 8°, artikel 5, 9°, artikel 8, §1, eerste lid, 1° van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten[,] bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten [en concessies], artikel 81, §§1, 3 en 4 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, alsook de principes van onveranderlijkheid en transparantie van de gunningscriteria”.

De verzoekende partij betoogt dat het begrip “verwerkingsplaats” onder het gunningscriterium ‘Milieumaatregelen’ problematisch is. Zij verklaart dat de verwerende partij de in haar offerte opgegeven verwerkingsplaats eenzijdig en zonder verzoek om toelichting of verduidelijking heeft gewijzigd.

Uit het gunningsverslag zou blijken dat de verwerende partij daarbij is uitgegaan van een bepaalde invulling van het begrip “verwerkingsplaats” die niet alleen nergens uit blijkt, maar ook voor eenieder onbekend en onduidelijk is. Het bestek bevat geen definitie. De verzoekende partij van haar kant motiveert in haar offerte concreet waarom de site te Hamme als “verwerkingsplaats” moet worden beschouwd. Het verwerkingsproces start met de inzameling, acceptatie, op- en overslag op deze site. Het valt volgens de verzoekende partij niet in te zien waarom deze onderdelen niet zouden vervat zitten in het begrip “verwerkingsplaats”.

Het decreet van 23 december 2011 ‘betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen’ (hierna: Materialendecreet), dat volgens het bestek van toepassing is, zou het standpunt van de verzoekende partij ondersteunen. Onder “verwerken” moet volgens de verzoekende partij worden verstaan het starten van het recyclageproces. Op de site te Hamme start het proces met voorafgaandelijk de inzameling, vervolgens de acceptatie en controle en dan het grofmazig verwijderen van stoorstoffen ter optimalisatie van het transport naar het volgende onderdeel in het recyclageproces. Het gehele recyclageproces kan de verzoekende partij waarmaken op eigen locaties.

De site te Lokeren, opgegeven in de offerte van de gekozen inschrijver, zou volgens de verzoekende partij niet als verwerkingsplaats voldoen. Op deze site wordt enkel gesorteerd en de gekozen inschrijver heeft geen was- en maallijn in België. In de interpretatie van de verwerende partij heeft de gekozen inschrijver dus geen verwerkingsplaats in België.

De verzoekende partij besluit dat het argument dat de site te Hamme geen verwerkingsplaats zou zijn, faalt en dat de verwerende partij aldus ten onrechte de site te Lanaken als de verwerkingsplaats voor de verzoekende partij heeft genomen.

6. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van het middel. Volgens haar zou de verzoekende partij de schending van bepaalde formaliteiten invoeren die niet leiden tot de onwettigheid van de bestreden beslissing, zou zij onbestaande beginselen vermelden en zou zij nergens concreet aangeven welke rechtsregel of welk algemeen beginsel zou zijn geschonden.

Ten gronde merkt de verwerende partij op dat zij in de bestreden beslissing wel een correcte invulling heeft gegeven aan het begrip verwerkingsplaats van het tweede gunningscriterium. Zij wijst erop dat de verzoekende partij in haar offerte aangeeft dat op de site Hamme enkel het uitladen en het accepteren van de inkomende vrachten plaatsvindt en dat de manuele sortering, machinale verkleining en de omvorming tot grondstof plaatsgrijpt op de site Lanaken. Het begrip verwerkingsplaats is volgens de verwerende partij een duidelijk begrip en betekent de plaats van verwerking van afvalstoffen; verwerking betekent volgens de regelgeving, namelijk 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’, het Materialendecreet en het Besluit van de Vlaamse regering van 17 februari 2012 ‘tot vaststelling van het Vlaams reglement betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen’, nuttige toepassing of verwijdering met inbegrip van voorafgaande voorbereidende maatregelen die aan nuttige toepassing of verwijdering voorafgaan. Wat gebeurt op de site Hamme, namelijk inzameling, acceptatie en op- en overslag zijn echter reglementair geen voorbereidende handelingen; overigens wordt in de regelgeving zelf tijdelijke, voorlopige opslag uitdrukkelijk uitgesloten als een voorbereidende handeling die tot het verwerkingsproces zou behoren.

Voorts merkt de verwerende partij op “zelfs indien de behandelingen op de site te Hamme alsnog onder het begrip ‘verwerking’ zouden kunnen vallen, quod non, [de verzoekende partij] dan [niet] betwist [...] dat de eigenlijke verwerking in Lanaken gebeurt en dat bijgevolg het volledige verwerkingsproces pas eindigt in Lanaken”. En zij vervolgt: “Er vindt aldus wel degelijk nog een transport naar Lanaken plaats teneinde de harde plastics verwerkt te krijgen. Aangezien het gunningscriterium ‘Milieumaatregelen’ offertes wenst te bevoorde[...]n die een lagere milieuvoetafdruk [hebben], is het logisch dat verwerende partij de afstand Appels - Lanaken in rekening brengt. Immers, in de

andere hypothese zou een inschrijver vrij gemakkelijk de uiteindelijke doelstelling kunnen omzeilen. Een dergelijke uitlegging zou zeker in strijd zijn met de doelstellingen van het bestek”.

Ten slotte merkt de verwerende partij op:

“Ten slotte kan verzoekende partij ook niet worden gevolgd in haar stelling dat de gekozen inschrijver geen verwerkingsplaats zou hebben in België. Uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat zij wel degelijk een verwerkingsplaats hebben in België (stuk 2, pag. 98 e.v. administratief dossier vertrouwelijke stukken).

Bovendien is het sorteren een verwerkingsactiviteit en daarvan betwist verzoekende partij niet dat deze wordt uitgevoerd in Lokeren. Uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt ook dat de verwerking in Lokeren niet beperkt is tot sortering.”

B. Tweede middel – Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 4, 8°, artikel 5, 9°, artikel 8, §1, eerste lid, 1° van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten[,] bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten [en concessies], artikel 81, §§1, 3 en 4 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, alsook de principes van onveranderlijkheid en transparantie van de gunningscriteria.

De verzoekende partij verwijt de verwerende partij de opgave van de site te Hamme als verwerkingsplaats zonder meer als een fout af te doen en zij merkt op dat zij een meer afdoende en zorgvuldige motivering had verwacht. Aangezien in vergelijking met de vorige opdracht, het gunningscriterium ‘Milieumaatregelen’ dat het begrip “verwerkingsplaats” hanteert, nieuw is, had de verwerende partij volgens de verzoekende partij in de opdrachtdocumenten meer rechtszekerheid omtrent de invulling van dat begrip moeten creëren. Alleszins kan volgens de verzoekende partij het begrip “verwerkingsplaats” te dezen niet op een uniforme en objectieve wijze worden geïnterpreteerd.

8. De verwerende partij merkt op dat in de bestreden beslissing wel degelijk gemotiveerd is waarom de locatie in Hamme niet kan worden beschouwd als een verwerkingsplaats. Zij betoogt:

“De site in Hamme is geen verwerkingsplaats, omdat het een op- en overslagplaats [is]. De handelingen, die men verricht op dergelijke plaats, gaan vooraf aan de verwerking en zij dus hiervan te onderscheiden. Het motief is zodoende uitdrukkelijk opgenomen in de gunningsbeslissing. In dat kader moet worden opgemerkt dat verzoekende partij ook niet lijkt te betwisten dat de site in Hamme gebruikt wordt als een op- en overslagplaats.

Bovendien blijkt uit het eerste middel dat verzoekende partij weet waarom de site in Hamme geen verwerkingsplaats is gelet op de uitvoerige betwisting die zij ter zake voert.

Er is zodoende geen sprake van een schending van de formele motiveringswet.”

De verwerende partij meent dat de interpretatie die zij heeft gegeven aan het begrip “verwerkingsplaats” enkel de toepassing uitmaakt van de voornoemde regelgeving zodat een nadere motivering niet nodig is.

C. Beoordeling van het eerste en tweede middel samengenomen

9. In haar offerte heeft de verzoekende partij de volgende locatie uitdrukkelijk aangeduid als verwerkingsplaats: “Site Van Werven België Divisie Hamme, Zwaarveld 55, 9220 Hamme”.

Volgens de verzoekende partij wordt daar een deel van het verwerkingsproces uitgevoerd terwijl de verwerende partij dit betwist.

Beide partijen lijken het erover eens te zijn dat in elk geval het volledige verwerkingsproces niet plaatsgrijpt te Hamme; volgens de verzoekende partij start het proces er wel, de verwerende partij betwist dit. Wel lijken de partijen het er ook over eens dat het proces zijn eindbeslag krijgt op de site te Lanaken.

Ter terechtzitting argumenteert de verwerende partij dat uiteindelijk als verwerkingsplaats moet worden aangemerkt de site waar de grondstof wordt geproduceerd, dit lijkt aldus tot en met het vermalen van de

plastics tot korrels of poeder, standpunt dat de Raad niet helemaal onlogisch lijkt. Anders oordelen, zo merkt de verwerende partij op, zou de effectiviteit van het gunningscriterium substantieel ondermijnen. De verwerende partij heeft dit standpunt overigens – weliswaar heel summier – ook in haar nota onder randnummer 16 vertolkt: “Aangezien het gunningscriterium ‘Milieumaatregelen’ offertes wenst te bevoordelen die een lagere milieuvoetafdruk [hebben], is het logisch dat verwerende partij de afstand Appels - Lanaken in rekening brengt. Immers, in de andere hypothese zou een inschrijver vrij gemakkelijk de uiteindelijke doelstelling kunnen omzeilen. Een dergelijke uitlegging zou zeker in strijd zijn met de doelstellingen van het bestek”.

Opmerkelijk is echter dat de verwerende partij in de bestreden beslissing minstens de indruk heeft gewekt dat zij de site Hamme niet aanvaardde enkel omdat er volgens haar helemaal niet wordt “verwerkt”. Het gros van haar verweer gaat er vanuit dat de site Hamme niet in aanmerking kan komen om de eenvoudige reden dat de opslag daar geen verwerking is, ook geen begin van verwerking; nergens is er sprake van het feit dat tot en met de eindverwerking in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling van de verwerkingsplaats.

Dit lijkt erop dat het begrip verwerkingsplaats zoals bedoeld in het tweede gunningscriterium zelfs voor de verwerende partij geen eenduidig begrip lijkt.

Hierbij mag voorts worden bedacht dat de verwerende partij ten opzichte van de site Lokeren van de gekozen inschrijver in haar nota onder randnummer 19 opmerkt dat “het sorteren een verwerkingsactiviteit [is] en daarvan betwist verzoekende partij niet dat deze wordt uitgevoerd in Lokeren” en dat “[u]it de offerte van de gekozen inschrijver blijkt ook dat de verwerking in Lokeren niet beperkt is tot sortering”. In de bestreden beslissing wordt niets vermeld over deze site te Lokeren maar uit de nota lijkt allerminst te kunnen worden afgeleid dat de verwerende partij heeft gemeend dat de gekozen inschrijver op de site Lokeren tot en met de eindverwerking afhandelt.

In de concrete omstandigheden van de zaak lijken de middelen dan ook ernstig aangezien niet blijkt dat de verwerende partij het begrip

verwerkingsplaats op een uniforme wijze heeft geïnterpreteerd. Deze grief is voldoende duidelijk aangebracht in het verzoekschrift en houdt minstens een schending in van de aangevoerde zorgvuldigheidsplicht.

VI. Besluit

10. Het eerste en tweede middel zijn in de aangegeven mate ernstig bevonden. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de nv Intercommunale Vereniging Verenigde Kompostbedrijven (Verko) van 21 november 2019 waarbij de opdracht ‘Verwerking en transport van harde plastics’ wordt gegund aan de nv Renewi.

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

Pierre Barra,

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra

XII-8843-11/11