

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 248.195 van 2 september 2020
in de zaak A. 231.532/XII-8941**

In zake: de nv SUEZ R&R BE SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Cilia Mathieu en
Nathanaëlle Kiekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING LIMBURG.NET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen, Thomas Christiaens en
Jarien Bloemen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 augustus 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van Limburg.Net van 22 juli 2020, houdende de niet-toewijzing van de percelen 1, 2, 5 en de verplichte variant op perceel 5 en houdende de gunning van de percelen 3 en 4 aan Renewi nv van de opdracht ‘De inzameling van huishoudelijk afval in verschillende kleuren zakken volgens het Optimo-systeem in het bedieningsgebied van Limburg.Net’ met als referentie: AK02e_200205_inzameling optimo”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 augustus 2020, om 10.00 uur.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frederik Vandendriessche, die tevens *loco* advocaten Nathanaëlle Kiekens en Cilia Mathieu verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Thomas Christiaens, die tevens *loco* advocaten Wouter Moonen en Jarien Bloemen verschijnt voor de verwerende 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 schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit voor '[d]e inzameling van huishoudelijk afval in verschillende kleuren zakken volgens het Optimo-systeem in het bedieningsgebied van Limburg.Net'. De opdracht wordt geplaatst volgens een mededingingsprocedure met onderhandeling, bestaande uit een selectiefase, gevolgd door een gunningsfase.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 februari 2020 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 11 februari 2020.

3.2. Er worden vier kandidaatstellingen ingediend, onder meer door de verzoekende partij. Op 11 maart 2020 neemt de verwerende partij een selectiebeslissing. Naast de verzoekende partij worden ook nog de bv Remondis België en de nv Renewi geselecteerd.

3.3. Het bestek, ‘gunningsleidraad’ genoemd, geeft volgende toelichting bij het zogenaamde Optimo-systeem:

“Optimo: Het systeem van afvalophaling waarbij op 1 vast regelmatig tijdstip alle afval (in beginsel 5 afvalsoorten: huisvuil, P+MD, textiel, tuinafval en keukenafval) in verschillende zakken wordt aangeboden en opgehaald in eenzelfde wagen. Het ingezamelde afval wordt vervolgens uitgesorteerd in een sorteercentrum op basis van de kleur van de zak. De ophaling van papier en karton, alsook snoeihout en grofvuil zit niet vervat in het Optimo- systeem.

Optimo ‘light’: Het systeem van afvalophaling waarbij op 1 vast regelmatig tijdstip in beginsel 4 afvalsoorten (p+md, textiel, tuinafval en keukenafval) in verschillende zakken wordt aangeboden en opgehaald in eenzelfde wagen/container. Het ingezamelde afval wordt vervolgens uitgesorteerd in een sorteercentrum op basis van de kleur van de zak. In dit systeem wordt het huisvuil aangeboden in DIFTAR-containers, maar kunnen ook sporadisch huisvuilzakken worden aangeboden die moeten meegenomen worden in de Optimo light ronde. De ophaling van papier en karton, alsook snoeihout en grofvuil zit niet vervat in het Optimo ‘light-systeem.”

Daarnaast bepaalt het bestek dat de opdracht is opgedeeld in vijf percelen:

“De opdracht wordt verdeeld in de volgende percelen:

- Perceel 1: gemeentes Bree, Maaseik, Genk, Diepenbeek, Zutendaal, Riemst en Voeren
- Perceel 2: gemeentes Sint-Truiden, Gingelom, Heers, Borgloon, Wellen, Tongeren, Herstappe, Kortesseem, Hoeselt en Nieuwerkerken.
- Perceel 3: gemeentes Hamont-Achel, Pelt, Lommel, Hechtel-Eksel, Peer, Leopoldsburg, Tessenderlo, Ham
- Perceel 4: gemeentes Houthalen-Helchteren, Zonhoven, Heusden-Zolder, Lummen, Herk-de-Stad, Halen, Diest en Beringen
- Perceel 5: Kinrooi, Bocholt, Oudsbergen, As, Dilsen-Stokkem, Maasmechelen, Lanaken, Bilzen

De kandidaat die wenst in te schrijven voor perceel 5, zal een verplichte variëteit moeten aanbieden voor de inzameling van alle fracties volgens ‘Optimo-light’ in de gemeenten vermeld in perceel 5.

Dit houdt in:

- de inzameling van uitsluitend huisvuil in een grijze DIFTAR-container in de gemeentes waarop dit perceel betrekking heeft + het beheer en onderhoud van

de DIFTAR-containers, bestaande uit het uitrusten van DIFTAR-containers met de nodige chips, het onderhoud ervan, het afleveren van nieuwe containers e.d.m.

- De gelijktijdige inzameling van P+MD, textiel, keuken- en tuinafval in de gemeentes waarop dit perceel betrekking heeft ('Optimo light') + sporadisch aangeboden huisvuilzakken.

De kandidaat / inschrijver mag een aanvraag tot deelneming of offerte indienen voor één, meerdere of elk van de bovenvermelde percelen, onder voorbehoud van de hogervermelde verplichtingen. De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor om één, meerdere of alle percelen niet toe te wijzen en kan, desgevallend, meerdere of alle toe te wijzen percelen aan eenzelfde inschrijver gunnen."

3.4. De verzoekende partij dient een offerte in voor de percelen 1, 2 en 5 evenals de verplichte variante op perceel 5.

Daarnaast dienen de bv Remondis België en de nv Renewi elk een offerte in voor alle percelen van de opdracht.

3.5. Er vinden onderhandelingen plaats met de inschrijvers, waarna zij worden uitgenodigd om een 'best and final offer' (hierna: BAFO) in te dienen. Zij dienen allen een BAFO in.

3.6. Er wordt een gunningsverslag opgesteld dat wordt goedgekeurd door de raad van bestuur van de verwerende partij op 22 juli 2020. Daarin wordt onder meer het volgende overwogen:

"Niet toewijzing van een aantal percelen

Na analyse van de ontvangen offertes en afweging van verschillende elementen zoals prijs en het standpunt van OVAM dat voorlopig nog niet gestart mag worden met de integrale Optimo-inzameling in de gebieden waar momenteel het organisch afval met een gft-container wordt ingezameld, wordt voorgesteld om de percelen 1 en 2 van de opdracht niet toe te wijzen, zoals mogelijk gemaakt door artikel 58, §1, lid 3 van de Wet Overheidsopdrachten. Er wordt voorgesteld om de opdracht voor wat deze percelen betreft uit te voeren in eigen beheer.

In de 8 gemeenten van het bedieningsgebied van Limburg.net die gegroepeerd zijn in perceel 5 van deze opdracht wordt momenteel de inzameling van huisvuil- en gft via diftarcontainers georganiseerd. Voor deze gemeenten werd zowel een prijs voor de Optimo-inzameling gevraagd (perceel 5), als voor Optimo-light (perceel 5 bis) en via een aparte marktbevraging voor de verderzetting van de diftarinzameling.

Na kennisname van de aangeboden prijzen in de finale offertes en afwegingen van de verdere voor- en nadelen wordt geoordeeld dat de uitvoering op basis van één

van de ontvangen finale offertes niet rendabel is en duurder zou zijn dan hetgeen de betreffende gemeentes kunnen aanvaarden. Om deze reden wordt voorgesteld om het diftar- ophaalsysteem in deze gemeenten te behouden en de opdracht voor diftarinzameling, zoals uitgeschreven onder een aparte overheidsopdrachtenprocedure, verder te zetten, en het perceel 5 van deze opdracht (en eveneens de verplichte variant ervan) niet toe te wijzen. Opnieuw wordt toepassing gemaakt van artikel 58, §1, lid 3 en artikel 85 van de Wet Overheidsopdrachten.

In de beoordeling van de offertes wordt dan ook verder geen rekening gehouden met de percelen 1, 2, 5 en 5bis.”

Wat de percelen 3 en 4 betreft, wordt in het gunningsverslag voorgesteld om deze toe te wijzen aan de nv Renewi.

3.7. Op 22 juli 2020 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij dat “[d]e opdracht voor de Optimo-inzameling van perceel 1, 2, 5 en 5bis niet [wordt] toegewezen” en dat de opdracht voor de percelen 3 en 4 wordt toegewezen aan de nv Renewi.

Dit is de bestreden beslissing die, wat de niet-gunning van de percelen 1, 2 en 5 betreft, als volgt is gemotiveerd:

“Voorstel niet-toewijzing van de percelen 1, 2 en 5

Bij de kostprijscalculaties van het Optimo-inzamelsysteem werd een maximumbudget vooropgezet, met name een geraamd bedrag van € 100/gezin/jaar voor de basisdienstverlening van Limburg.net. De algemene vergadering d.d. 19/12/2019 besliste dat de effectieve kostprijs hier niet structureel van mag afwijken. Op basis van de ingediende prijzen van de laatste offertes werd de kostprijsberekening gemaakt dat, ingeval alle percelen zouden worden toegewezen, de geraamde gezinskost € 107,4 zou bedragen en er bijgevolg een structurele prijsafwijking zou zijn. Bijgevolg is ook de berekening en SWOT analyse gemaakt om de volledige Optimo-inzameling of enkele percelen in eigen beheer uit te voeren

Daarnaast is er slechts een beperkte toestemming m.b.t. de uitrol van het optimo-systeem. De OVAM heeft hiervoor toestemming gegeven, met uitzondering van de organische fractie. Hierdoor kan voorlopig het optimo-systeem nog niet opgestart worden in de gemeenten die momenteel een gft-container gebruiken. Deze gemeenten zijn vervat in de percelen 1 en 2 van huidige opdracht. Rekening houdend met voorgaande argumenten wordt voorgesteld om de percelen 1 en 2 niet toe te wijzen en deze in eigen beheer uit te voeren.

In 8 gemeenten die gegroepeerd zijn in perceel 5 van deze opdracht, gebeurt momenteel de inzameling van huisvuil en gft via diftarcontainers (weging). Voor deze gemeenten werd zowel prijs gevraagd voor de standaard Optimo-inzameling (perceel 5), als voor Optimo-light (perceel 5 bis). Gelijktijdig werd via een aparte marktbevraging prijs gevraagd voor de voortzetting van de huidige

diftarinzameling (huisvuil en gft). Na kennisname van de aangeboden prijzen in de finale offertes hebben de 8 diftargemeenten samen geoordeeld, rekening houdend met de ingediende prijzen, evenals verdere afwegingen van de voor- en nadelen, om het huidige diftar-ophaalsysteem in de betrokken gemeenten te behouden en de opdracht voor diftarinzameling, zoals uitgeschreven onder de aparte overheidsopdrachtenprocedure, verder te zetten. Bijgevolg wordt voorgesteld om perceel 5 van deze opdracht (en eveneens de verplichte variant ervan) niet toe te wijzen.

In de beoordeling van de offertes wordt dan ook verder geen rekening gehouden met de percelen 1, 2, 5 en 5bis.”

3.8. Met een e-mail en een aangetekend schrijven van 22 juli 2020 brengt de verwerende partij de verzoekende partij op de hoogte van het nemen van de bestreden beslissing. Het gunningsverslag is wel bij de kennisgeving gevoegd, maar niet de eigenlijke bestreden beslissing zelf; deze werd nadien aan de verzoekende partij bezorgd.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partij dient op 26 augustus 2020 een “nota ter ondersteuning van de mondelinge toelichting ter zitting” in die tevens werd meegedeeld aan de verwerende partij en het auditoraat. De Raad van State zal deze nota die zij aanziet als een pleitnota die een niet in het procedurereglement voorzien stuk is, slechts in zijn beoordeling betrekken in zoverre het niets meer is dan de neerslag van de mondelinge uiteenzetting ter terechtzitting.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie

5. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering met een tweeledige exceptie inzake het voorwerp van de vordering.

In de eerste plaats doet zij gelden dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de vordering in zoverre deze is gericht tegen de gunning van percelen 3 en 4, nu de verzoekende partij voor die percelen van de opdracht geen offerte heeft ingediend.

In de tweede plaats doet de verwerende partij gelden dat de spoedeisendheid van de vordering niet is aangetoond, in zoverre de vordering is gericht tegen de beslissing van de verwerende partij, eveneens van 22 juli 2020, ‘tot invoering van het Optimo-inzameling en tot gedeeltelijke uitvoering in eigen beheer’. Deze beslissing is te onderscheiden van de gunningsbeslissing en is niet onderworpen aan 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’ (hierna: de wet van 17 juni 2013) zodat hier de spoedeisendheid wél moet worden aangetoond, wat de verzoekende partij niet doet.

Beoordeling

6. De keuze om enkel voor bepaalde percelen van een overheidsopdracht een offerte in te dienen, ligt geheel bij de inschrijver. Deze keuze berust op bedrijfseconomische afwegingen die aan hemzelf eigen zijn. De verzoekende partij erkent zelf in haar verzoekschrift dat zij om “operationele en commerciële redenen” de keuze heeft gemaakt om alleen voor de percelen 1, 2, 5 en 5bis een offerte in te dienen.

Te dezen is in het bestek bepaald dat de aanbestedende overheid zich het recht voorbehoudt om één, meerdere of alle percelen niet toe te wijzen. Een inschrijver die enkel voor bepaalde percelen van een overheidsopdracht een offerte heeft ingediend, kan zich nadien, indien de aanbestedende overheid beslist om de percelen waarvoor hij heeft ingeschreven niet te gunnen, niet met goed gevolg ten aanzien van de aanbestedende overheid in rechte beroepen op zijn eigen keuze om enkel voor bepaalde percelen een offerte in te dienen. Hij kan in beginsel niet met goed gevolg doen gelden dat hij, indien hij vooraf had geweten, te dezen dat de percelen waarvoor hij heeft ingeschreven niet worden gegund, een offerte had ingediend voor de wél gegunde percelen. Dat het niet-gunnen van de gekozen percelen - mogelijkheid die aldus in het bestek is voorzien - wel eens de uitkomst van het biedingsproces kan zijn, is het natuurlijk en evident risico verbonden aan de keuze om niet voor alle percelen van de opdracht een offerte in te dienen. Een inschrijver kan zich niet keren tegen de gunning van percelen aan anderen,

waarvoor hij niet zelf heeft ingeschreven, omdat hij er nadien spijt van heeft niet toch ook voor die percelen een offerte te hebben ingediend.

De loutere bewering van de verzoekende partij dat zij “om operationele en commerciële redenen (...) niet op alle percelen [kon] inschrijven” en een keuze heeft “moeten” maken om alleen op de percelen 1, 2, 5 (en de verplichte variante) in te schrijven (*cfr.* randnummer 50 van het verzoekschrift) en dus niet voor de volledige opdracht omdat haar wagenpark te klein zou zijn en zij aldus geopteerd heeft de percelen te kiezen “die het dichtst bij haar startlocatie liggen”, kan de Raad van State vooralsnog niet overtuigen. Het volstaat niet zonder meer te stellen niet over de bedrijfseconomische middelen te beschikken om een offerte in te dienen voor de volledige opdracht en zich “noodgedwongen” te beperken tot de percelen 1, 2 en 5 nu de verzoekende partij in haar verzoekschrift zelf aangeeft gespecialiseerd te zijn in afvalverwerking en afvalophaling en actief is over heel België en deel uitmaakt van een internationale groep.

De argumentatie dat de verzoekende partij ook de gunning van percelen 3 en 4 geschorst wil zien om bij een eventuele nieuwe gunningsprocedure haar keuzevrijheid te maximaliseren en om met kennis van zaken een beslissing te kunnen nemen over de percelen waarvoor zij al dan niet een offerte zou indienen, lijkt in de eerste plaats een louter hypothetisch belang te betreffen, daargelaten nog dat deze argumentatie niet spoort met de eerdere eigen handelwijze van de verzoekende partij om geen offerte voor de volledige opdracht in te dienen waarmee zij toch tot uiting brengt geen interesse te hebben om het betrokken deel van de opdracht te willen of kunnen uitvoeren.

7. In zoverre de vordering is gericht tegen de gunning van percelen waarvoor de verzoekende partij geen offerte heeft ingediend (te dezen de percelen 3 en 4), is zij op het eerste gezicht inderdaad niet ontvankelijk.

De exceptie vertoont de in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste *prima facie* ernst zodat zij in deze stand van het geding wordt bijgetreden.

8. De verwerende partij kan niet worden bijgetreden waar zij de vordering niet-ontvankelijk acht in de mate die is gericht tegen de beslissing van de verwerende partij om het Optimo-systeem (zij het slechts gedeeltelijk) in te voeren.

Anders dan de verwerende partij veronderstelt, blijkt op het eerste gezicht niet dat de verzoekende partij de voorliggende vordering ook expliciet tegen die afzonderlijke beslissing zou hebben gericht, naast de gunningsbeslissing van dezelfde datum waartegen de vordering wél specifiek werd gericht. Zulks volgt alleszins noch uit de aanhef van het verzoekschrift, noch uit het *petitum*. Dat de verzoekende partij in haar middelen kritieken aanbrengt tegen de gunningsbeslissing waarbij de geldigheid van het Optimo-systeem ter sprake komt, houdt op het eerste gezicht niet in dat zij daarmee meteen die beslissing tot voorwerp van de vordering heeft gemaakt.

Dat zij met de voorliggende vordering niet de beslissing van de verwerende partij tot invoering van het Optimo-systeem beoogt doch enkel de schorsing van de gunningsbeslissing “en enkel deze”, wordt overigens door de verzoekende partij in de door haar neergelegde pleitnota en ter terechtzitting expliciet bevestigd.

9. De exceptie wordt in die mate verworpen.

VI. Vertrouwelijkheid van de stukken

10. Zowel de verzoekende als de verwerende partij vragen om een aantal stukken als vertrouwelijk te behandelen.

Het vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken wordt door geen enkele partij betwist.

Er lijkt geen noodzaak te bestaan om niet in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling van de betrokken stukken. Met toepassing van artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 worden de verzoeken ingewilligd. Voorts mag de Raad deze stukken bij zijn beoordeling betrekken.

VII. Schorsingsvoorwaarden

11.1. 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.

11.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 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 kan verantwoorden.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Betreffende de “voorafgaande opmerking m.b.t. de regelmatigheid van de bestreden beslissing” en het “voorbehoud m.b.t. de geformuleerde middelen” van de verzoekende partij

12. In haar verzoekschrift formuleert de verzoekende partij eensdeels een “voorafgaande opmerking” omtrent de regelmatigheid van de bestreden beslissing en anderdeels een “voorbehoud” wat de aangevoerde middelen betreft.

De verzoekende partij stelt dat de gunningsbeslissing haar pas vijftien dagen na het ontvangen van het gunningsverslag werd bezorgd nadat zij er uitdrukkelijk om heeft verzocht en waarbij de verwerende partij die beslissing maar heeft willen overmaken in het kader van de openbaarheid van bestuur, “dit terwijl zij hiertoe gehouden is op grond van artikel 10, §1, 3°, [lees: artikel 8, §1, 3°,) van de wet [van 17 juni 2013]” de gemotiveerde beslissing onmiddellijk dient te worden meegedeeld. Bij het bezorgen van de gunningsbeslissing heeft de verwerende partij opgemerkt:

‘Mogen wij u er wel op wijzen dat notulen van een vergadering pas definitief zijn wanneer ze zijn getekend door de voorzitter en secretaris én ze daarnaast de eerstvolgende bestuursvergadering worden goedgekeurd. T.t.z. de genomen beslissingen zijn wel definitief maar de teksten kunnen inhoudelijk nog wijzigen indien er opmerkingen op het verslag worden gemaakt volgende raad van bestuur.’

Dit betekent volgens de verzoekende partij, in tegenstelling tot wat de verwerende partij schrijft, dat de eigenlijke gunningsbeslissing dus helemaal niet definitief is. Zij stelt aldus:

“ [D]e tekst [kan] nog aangepast [...] worden en dus ook nog de tekst van wat er nu finaal beslist is. Daarenboven heeft dit ook tot gevolg dat er geen enkele zekerheid is dat deze tekst een weergave is van de effectieve reflectie en beslissing van de raad van bestuur. Finaal betekent dit ook dat er geen enkele zekerheid is dat effectief het bevoegd orgaan ter zake de beslissing wel genomen heeft, nu de raad van bestuur nog een andere (en finale) tekst zou kunnen aannemen en dus finaal nog iets anders zou kunnen beslissen. Om die reden alleen al is de bestreden beslissing kennelijk onwettig.”

Zij besluit dat nu de bestreden beslissing nog kan worden gewijzigd, zij alle voorbehoud maakt voor het formuleren van nieuwe middelen in het kader van doorgevoerde aanpassingen aan deze beslissing.

Ter terechtzitting nuanceert de verzoekende partij in die zin dat zij dit punt “onder de aandacht” heeft willen brengen omdat volgens haar de inhoud van het gunningsverslag en de bestreden beslissing inhoudelijk strijdt met de inhoud van de door de verwerende partij ingediende nota.

Beoordeling

13. In de mate de “voorafgaande opmerking” van de verzoekende partij zo moe(s)t worden gelezen dat er met de bestreden beslissing nog geen definitieve beslissing voorligt waardoor deze beslissing (welke dan?) onwettig is en in haar uitvoering moet worden geschorst, kan dat argument hoogstens leiden tot de vaststelling dat de voorliggende vordering bij gebrek aan (bestaand) voorwerp voorbarig is doch niet tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van die (niet-definitieve) “beslissing”. Deze “voorafgaande opmerking” dient bijgevolg evenzo te worden verworpen als wettigheidskritiek.

Voorts blijkt vooralsnog niet en wordt ook niet redelijkerwijze aannemelijk gemaakt dat de verwerende partij met haar bemerking bij de kennisgeving van de bestreden beslissing dat de notulen van een vergadering pas definitief zijn wanneer ze door de voorzitter en secretaris ervan zijn getekend en goedgekeurd op de eerstvolgende bestuursvergadering en dat derhalve “de genomen beslissingen wel definitief [zijn] maar de teksten inhoudelijk nog [kunnen] wijzigen indien er opmerkingen op het verslag worden gemaakt” meer heeft gedaan of willen doen dan te verwijzen naar een nog (statutair) te vervullen formaliteit en de mogelijkheid om nog minimale correcties aan de tekst van die notulen aan te brengen. Die formaliteit - waaraan met die bemerking, zij het wat ongelukkig geformuleerd, wordt herinnerd - laat de verwerende partij evenwel niet toe om afbreuk te doen aan de inhoud en de draagwijdte van wat er definitief door de raad van bestuur werd beslist tijdens zijn vorige vergadering.

14. Waar de verzoekende partij dergelijke wijzigingsmogelijkheid toch lijkt te veronderstellen, faalt de ‘voorafgaande opmerking’ als wettigheidskritiek.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het eerste middel de schending aan van “de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel *jo.* de artikelen 4, 9° en 5, 10° van de Wet Rechtsbescherming *juncto* artikel 58, §1, derde lid van de Wet Overheidsopdrachten van 17 juni 2016”.

Zij vat het middel als volgt samen:

“De motieven die de bestreden beslissing aanhaalt ter verantwoording om de percelen 1 en 2 niet via het Optimo-systeem te laten inzamelen, maar de percelen 3 en 4 wel, zijn niet van aard dat het gaat om rechtens aanvaardbare motieven met een voldoende grondslag die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid werden vastgesteld.”

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat hoewel het de verwerende partij binnen haar discretionaire bevoegdheid toekomt om te beslissen over de wijze van inzameling van huishoudelijke afvalstoffen, zij daarbij evenwel rekening dient te houden met de bindende bepalingen die terzake door de OVAM worden vastgelegd, te dezen “in het uitvoeringsplan voor huishoudelijk afval en gelijkaardig bedrijfsafval”, ook wanneer zij een overheidsopdracht uitschrijft voor afvalinzameling. Anders dan wat de verwerende partij laat uitschijnen in de bestreden beslissing maakte de OVAM in een schrijven van 11 juni 2020 wel degelijk vooraf bezwaar tegen de Optimo-inzameling, minstens voor wat de fracties tuinafval en keukenafval betreft. Er valt dan ook niet in te zien op welke gronden de verwerende partij besluit dat het Optimo-systeem met voornoemd uitvoeringsplan verenigbaar zou zijn. De bestreden beslissing is dan ook alvast minstens op dit punt kennelijk ondeugdelijk gemotiveerd, aldus de verzoekende partij.

Volgens de verzoekende partij blijkt uit de beslissing van 22 juli 2020 tot de gedeeltelijke invoering van de Optimo-inzameling dat er een politiek overleg heeft plaatsgevonden waarbij de OVAM van standpunt veranderd zou zijn.

Het nieuwe standpunt van de OVAM zou erin bestaan dat er blijkbaar opeens toch geen probleem zou zijn om in de gemeenten van de percelen 3 en 4 ook voor de organisch-biologische fracties keukenafval en tuinafval het Optimo-systeem definitief uit te rollen. Het is voor de verzoekende partij geheel niet duidelijk op grond waarvan de OVAM plots geoordeeld zou hebben dat dit toch geen probleem zou zijn, terwijl de OVAM hiermee ingaat tegen haar initieel duidelijk en grondig onderbouwd standpunt. De verzoekende partij heeft het raden naar de motieven waarom plots bepaalde percelen wel en bepaalde percelen niet verenigbaar zouden zijn met het voornoemd uitvoeringsplan en de beleidslijn van de OVAM.

De OVAM zou blijkbaar gegarandeerd hebben dat het Optimo-systeem voor de percelen 3 en 4 geen probleem zou vormen in het licht van de aangekondigde aanpassing van het VLAREMA, maar het valt niet te begrijpen hoe het integrale Optimo-systeem, dat een systeem is dat geen selectieve inzameling van bio-afval kent en deze fracties al helemaal niet afzonderlijk transporteert, niet in strijd zou zijn met het VLAREMA vanaf 2023, dat in een verplichte selectieve aanbidding van bio-afval voorziet.

Uit dit alles volgt dat de verwijzing naar een zogenaamde positiewijziging van de OVAM zonder enige duiding of onderbouwing geen deugdelijk en draagkrachtig motief kan zijn voor de bestreden beslissing om voor de percelen 1 en 2 geen integrale uitrol van het Optimo-systeem toe te staan, als dit voor de percelen 3 en 4 wel zou kunnen.

Beoordeling

16. De verzoekende partij brengt in de toelichting bij het eerste middel de in het middel aangevoerde wetsbepalingen- die alle geschonden heten te zijn-, niet meer uitdrukkelijk ter sprake. Wat het geschonden geachte zorgvuldigheidsbeginsel betreft, beperkt zij er zich in die toelichting toe te stellen dat het zorgvuldigheidsbeginsel “reeds onder het eerste middel [werd] toegelicht”. Kortom zij licht, wat het eerste middel betreft, enkel een schending van de materiële motiveringsplicht toe.

In de nota met opmerkingen is het verweer gevoerd vanuit het oogpunt van de materiële motiveringsplicht. Ook het auditoraat heeft enkel vanuit dat perspectief advies gegeven.

Het middel wordt ook door de Raad van State hierna vanuit datzelfde oogpunt onderzocht, voor het overige is het middel op het eerste gezicht niet ontvankelijk *obscuri libelli* en dus alleszins niet ernstig.

17. Overeenkomstig artikel 85 van de Wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016) houdt het volgen van een plaatsingsprocedure geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.

Artikel 58, § 1, derde lid, van diezelfde wet bepaalt dat in geval de aanbestedende overheid ervoor kiest de opdracht te plaatsen in de vorm van afzonderlijke percelen, zij het recht heeft er slechts enkele te gunnen en eventueel te besluiten de andere op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten, desnoods volgens een andere plaatsingsprocedure.

18. De plaatsing van een overheidsopdracht strekt ertoe te voldoen aan de behoeften van de aanbestedende overheid. Er dient dan ook te worden verondersteld dat de aanbestedende overheid in principe over een ruime beoordelingsruimte beschikt bij het nemen van een beslissing om bepaalde percelen van een opdracht al dan niet te gunnen.

Het komt de Raad van State niet toe zich in de plaats te stellen van de aanbestedende overheid noch vermag hij zijn eigen opvatting over de noodzaak van het al dan niet gunnen van een perceel in de plaats te stellen van die van de overheid. Enkel een beslissing tot niet-gunning die reeds op het eerste gezicht als onwettig, onzorgvuldig of onredelijk dient te worden aangemerkt, dient te worden gesanctioneerd met een schorsing van haar uitvoering in toepassing van artikel 15 van de wet van 17 juni 2013.

De materiële motiveringsverplichting houdt in dat iedere bestuurshandeling moet steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid door het bestuur werden vastgesteld. Bij de beoordeling van de naleving van de materiële motiveringsplicht mag de Raad van State zijn oordeel omtrent de feiten niet in de plaats stellen van het oordeel van de administratieve overheid. Hij is enkel bevoegd om, desgevraagd, na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen.

Hieruit volgt dat indien de aanbestedende overheid beslist om na het volgen van een plaatsingsprocedure de opdracht of bepaalde percelen ervan niet te gunnen, zij niet willekeurig te werk mag gaan. Een beslissing tot niet-gunning dient te steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

19. Met haar eerste middel situeert de verzoekende partij haar grief in essentie in het gegeven dat “de verwijzing naar de zogenaamde positiewijziging van de OVAM zonder enige duiding of onderbouwing geen deugdelijk en draagkrachtig motief kan zijn voor de bestreden beslissing om voor de percelen 1 en 2 geen integrale uitrol van het Optimo-systeem toe te staan als dit voor de percelen 3 en 4 wel zou kunnen”.

In de bestreden beslissing wordt het niet-gunnen van de percelen 1 en 2 van de opdracht als volgt gemotiveerd:

“Bij de kostprijscalculaties van het Optimo-inzamelsysteem werd een maximumbudget vooropgezet, met name een geraamd bedrag van € 100/gezin/jaar voor de basisdienstverlening van Limburg.net. De algemene vergadering d.d. 19/12/2019 besliste dat de effectieve kostprijs hier niet structureel van mag afwijken. Op basis van de ingediende prijzen van de laatste offertes werd de kostprijsberekening gemaakt dat, ingeval alle percelen zouden worden toegewezen, de geraamde gezinskost € 107,4 zou bedragen en er bijgevolg een structurele prijsafwijking zou zijn. Bijgevolg is ook de berekening en SWOT analyse gemaakt om de volledige Optimo-inzameling of enkele percelen in eigen beheer uit te voeren.

Daarnaast is er slechts een beperkte toestemming m.b.t. de uitrol van het optimo-systeem. De OVAM heeft hiervoor toestemming gegeven, met uitzondering van de organische fractie. Hierdoor kan voorlopig het optimo-sy[s]teem nog niet

opgestart worden in de gemeenten die momenteel een gft-container gebruiken. Deze gemeenten zijn vervat in de percelen 1 en 2 van huidige opdracht.

Rekening houdend met voorgaande argumenten wordt voorgesteld om de percelen 1 en 2 niet toe te wijzen en deze in eigen beheer uit te voeren.”

20. Aldus blijkt het niet-gunnen van deze percelen te berusten op twee motieven. Er is, in de eerste plaats, een financieel motief, namelijk dat het door de algemene vergadering van de verwerende partij vooropgestelde maximumbudget werd overschreden en is gebleken dat een (gedeeltelijke) uitvoering in eigen beheer goedkoper is en, “daarnaast”, een milieumotief, namelijk de OVAM heeft bezwaren bij aspecten van het Optimo-systeem, zodat percelen 1 en 2 – dit zijn de gemeenten die (nog) een gft-container gebruiken - voorlopig niet worden opgestart.

Elk van deze twee motieven volstaat reeds op het eerste gezicht op zich om de niet-gunning van deze twee percelen afdoende te verantwoorden.

De Raad van State heeft in het verleden immers al meermaals geoordeeld dat een overschrijding van het beschikbare budget en het financieel niet langer haalbaar zijn van het project reeds op zich een geldige reden tot niet-gunning van een overheidsopdracht vormen. Er zijn geen redenen voorhanden om hier anders te oordelen.

De argumentatie die de verzoekende partij bijbrengt in de pleitnota zoals ter terechtzitting waarin zij het financieel motief bekritiseert, betreft op het eerste gezicht een loutere opportunistiekritiek. Het komt *prima facie* niet aan de verzoekende partij toe om zich in de plaats te stellen van de verwerende partij wat betreft het inschatten van de haalbaarheid van de uitvoering in eigen beheer door de verwerende partij van bepaalde aspecten van de opdracht. Dergelijke kritiek kan niet tot de vaststelling van de kennelijke onwettigheid van de bestreden beslissing leiden.

21. In het licht van de vaststelling dat het financieel motief op zich reeds de niet-gunning van perceel 1 en 2 kan dragen, betreft het middel een kritiek

op een overtuigend motief, welke kritiek, zelfs indien ernstig, niet tot de schorsing van de uitvoering van de bestreden beslissing kan leiden.

Anders dan de verzoekende partij doet gelden in de pleitnota zoals ter terechtzitting, blijkt er op het eerste gezicht niet dat de niet-gunning van perceel 1 en 2 in hoofdorde - zo niet exclusief (in haar verzoekschrift gewaagt de verzoekende partij niet van het financieel motief dat in de bestreden beslissing is vervat) - op het milieumotief zou steunen. Veeleer het tegendeel lijkt zelfs het geval, nu de bestreden beslissing eerst het financieel motief tot uitdrukking brengt en dan pas (“[d]aarnaast”) het milieumotief dat zij aldus lijkt te kaderen, in tweede orde, naast het financieel motief.

Aangezien het financieel motief reeds in de bestreden beslissing zelf is opgenomen -en ook in het gunningsverslag wordt vermeld- kan de verzoekende partij niet worden bijgevalen waar zij in de pleitnota zoals ter terechtzitting stelt dat het onder de aandacht brengen van het financieel motief door de verwerende partij in de nota met opmerkingen, de bestreden beslissing “diametraal” zou tegenspreken. De tegenstrijdigheid tussen de bestreden beslissing en nota waar de verzoekende partij op wijst, blijkt aldus niet voorhanden.

22. Het eerste middel is niet ernstig.

C. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

23. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het tweede middel de schending aan van “het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur en het transparantiebeginsel uit artikel 4 van de Wet Overheidsopdrachten [2016]”, daarnaast bijkomend van “de artikelen 2, 53° en 56 van de Wet Overheidsopdrachten [2016] betreffende de varianten, artikel 38, §3 van de Wet Overheidsopdrachten [2016] betreffende het voorwerp van de opdracht en de artikelen 81 van de Wet Overheidsopdrachten [2016] en 87 van het KB Plaatsing [2017] betreffende de gunning van de opdracht”, alsook “[d]e artikelen 8, §1, 3° en artikel 23 van de Wet Rechtsbescherming [2013]”.

Zij vat het middel als volgt samen:

“Verwerende partij heeft in het kader van de overheidsopdrachtenprocedure die geleid heeft tot de bestreden beslissing verschillende onzorgvuldigheden begaan. Deze onzorgvuldigheden hebben ertoe geleid dat de percelen waarvoor verzoekende partij ingeschreven had niet toegewezen konden worden. Verzoekende partij kon om operationele en commerciële redenen slechts op de percelen 1, 2 en 5 en niet op de percelen 3 en 4 inschrijven. Had verwerende partij zorgvuldig gehandeld, dan had zij enkel de percelen 3 en 4 in de markt geplaatst, zodat verzoekende partij dan voor die percelen ingeschreven zou hebben. Minstens had een zorgvuldige overheid transparant moeten zijn en moeten wijzen op de elementen die ertoe zouden kunnen leiden dat bepaalde percelen niet toegewezen zouden worden, zodat verzoekende partij met volledige kennis van zaken had kunnen beslissen voor welke percelen in te schrijven. Dit zouden dan de percelen 3 en 4 zijn en niet 1, 2 en 5.

Daarenboven heeft verwerende partij ook onzorgvuldig en ontransparant gehandeld door verzoekende partij geen uittreksel van de eigenlijke gunningsbeslissing te bezorgen in strijd met de verplichtingen uit de Wet Rechtsbescherming.”

Zij licht verder toe, samengevat, dat, wat de percelen 1 en 2 betreft, de verwerende partij in de eerste plaats onzorgvuldig heeft gehandeld door een overheidsopdracht in de markt te zetten waarvan ze wist, of minstens behoorde te weten, dat (percelen van) die overheidsopdracht niet strookte met het beleid van de OVAM. Minstens mocht de verzoekende partij de opdracht niet zomaar in de markt zetten zonder eerst te controleren of deze opdracht wel strookte met de beleidslijn van de OVAM. Dat de verwerende partij de inschrijvers daarenboven ook niet heeft laten weten wat het standpunt van de OVAM was, dat zij nog met de OVAM in gesprek was of dat zij dit alles nog met de OVAM moest aftoetsen, getuigt daarenboven van een schending van het transparantiebeginsel. De verwerende partij had hierover dan ook een voorbehoud moeten maken in de opdrachtdocumenten of minstens de inschrijvers hiervan op enige wijze op de hoogte moeten brengen gedurende de procedure, zodat de inschrijvers met kennis van zaken konden beslissen óf ze een offerte zouden indienen en, zo ja, voor welke percelen.

Ook het feit dat de verwerende partij zich met betrekking tot perceel 5 en de verplichte variante hierop klaarblijkelijk pas op het moment van gunning realiseerde dat de afvalinzameling volgens het DIFTAR-systeem

goedkoper en rendabeler zou uitkomen dan volgens het Optimo-systeem getuigt volgens de verzoekende partij van een manifest gebrek aan zorgvuldigheid. Minstens had de verwerende partij transparant moeten aangeven dat vooral de prijs in de keuze tussen beide opdrachten doorslaggevend ging zijn. Nu was de veronderstelling immers dat vooral het Optimo-systeem de voorkeur wegdroeg gelet op de lopende proefprojecten. Indien de verwerende partij dan toch beide systemen (Optimo versus DIFTAR) wenste te vergelijken, had zij hiervoor gebruik moeten maken van de geëigende instrumenten uit het overheidsopdrachtenrecht, namelijk varianten. Te dezen heeft de verwerende partij echter (parallel) twee onderscheiden overheidsopdrachten uitgeschreven, namelijk voor Optimo en voor DIFTAR, waarbij zij ook verschillende gunningscriteria heeft gehanteerd. De verwerende partij heeft dan ook onzorgvuldig gehandeld door de offertes van de verschillende opdrachten (en die dus op grond van verschillende criteria beoordeeld dienden te worden), toch met elkaar te vergelijken om zo te beslissen dat het Optimo-systeem in die gemeenten te duur en minder rendabel zou zijn dan het DIFTAR-systeem.

Dit alles heeft ertoe geleid dat de verwerende partij heeft moeten beslissen om de percelen 1, 2 en 5 en de verplichte variante, finaal toch niet toe te wijzen. Dit waren net de percelen waarop de verzoekende partij had ingeschreven. Zij betoogt:

“Om operationele en commerciële redenen kon verzoekende partij niet op alle percelen inschrijven en heeft zij een keuze moeten maken om alleen op de percelen 1, 2, 5 en 5bis in te schrijven. Zo beschikt verzoekende partij immers maar over een capaciteit van +/- 25 vrachtwagens (met bijhorend personeel), waardoor zij niet voor alle percelen kon inschrijven. Nu zij een keuze moest maken, heeft zij ervoor geopteerd om te kiezen voor de percelen die het dichtst bij haar startlocatie zijn gelegen.”

Mocht de verwerende partij echter van in het begin zorgvuldig gehandeld hebben, zou de verzoekende partij met volledige kennis van zaken haar keuze van percelen hebben kunnen maken en zou ze niet voor deze percelen gekozen hebben. Indien de verwerende partij zorgvuldig gehandeld zou hebben, had zij enkel de percelen 3 en 4 in de markt kunnen plaatsen. De verzoekende partij zou dan ook op die percelen hebben ingeschreven: “[h]et lijkt geen twijfel dat indien verzoekende partij dit had geweten of indien de percelen 1, 2 en 5 zelfs niet

in de markt geplaatst zouden zijn geweest, zij ingeschreven zou hebben voor de percelen 3 en 4 op grond van een andere commerciële en economische berekening”.

Tot slot bekritiseert de verzoekende partij “het uiterst onzorgvuldig en ontransparant gedrag van [de] verwerende partij naar [de] verzoekende partij toe wat betreft het verstrekken van bijkomende informatie na het nemen van de bestreden beslissing”, waarbij zij zich in essentie beklagt over een gebrekkige handelwijze van de verwerende partij bij de kennisgeving van de bestreden beslissing.

Beoordeling

24. In zoverre het tweede middel betrekking heeft op de niet-gunning van het eerste en tweede perceel om reden “dat die overheidsopdracht niet [zou] stroken met het beleid van OVAM”, wordt vastgesteld dat het getroffen is door hetzelfde gebrek als het eerste middel. Het betreft een kritiek op een overtollig motief, nu ook dit middel het financiële motief tot niet-gunning onverlet laat.

25. In zoverre het tweede middel betrekking heeft op perceel 5, betreft het middel een kritiek op de opportuniteit van de keuze van de verwerende partij om voor de inzameling op basis van het Optimo-systeem respectievelijk het DIFTAR-systeem twee afzonderlijke (parallele) plaatsingsprocedures te volgen en niet te werken met een enkele plaatsingsprocedure met varianten.

Het gaat reeds op het eerste gezicht om een loutere opportuiniteitskritiek, die als dusdanig niet tot de onwettigheid van de bestreden beslissing kan leiden en die aldus niet ontvankelijk is.

Waar de verzoekende partij in dit verband nog doet gelden dat de verwerende partij onzorgvuldig heeft gehandeld door niet op voorhand te beseffen dat DIFTAR goedkoper is dan Optimo, toont zij vooralsnog niet aan, noch maakt ze aannemelijk dat de verwerende partij redelijkerwijs had dienen te worden

geacht reeds op voorhand, nog vóór het volgen van enige plaatsingsprocedure, al over die kennis te moeten beschikken.

26. Wat tot slot haar kritiek betreft inzake het niet tijdig bezorgen van een uittreksel uit de gunningsbeslissing, dient vastgesteld dat zulks hoogstens een gebrek in de kennisgeving betreft, die als dusdanig niet van aard kan zijn tot de onwettigheid van de bestreden beslissing zelf te leiden.

27. Het tweede middel, in zoverre ontvankelijk, is niet ernstig.

IX. Besluit

28. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twee september tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Kaat Leus,
bijgestaan door

Vera Wauters,

De griffier

Vera Wauters

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Kaat Leus