

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.180 van 10 december 2020
in de zaak A. 232.208/XII-8985**

In zake: de NV BRUCO CONTAINERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Ann-Sofie Custers
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV RENEWI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens, Jan De Leyn en Cédric Vandekeybus
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8, bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 november 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen dd. 23 oktober 2020 zoals gevoegd bij het aangetekend schrijven van de Stad Antwerpen dd. 26 oktober 2020 waarbij wordt beslist om [de nv Bruco Containers] niet te selecteren in het kader van de opdracht ‘Raamovereenkomst voor transport en verwerking van B-hout’, voorwerp van het bestek

GAC_2019_01101 en deze opdracht te gunnen aan Renewi nv [...] tegen het gunningsbedrag van 4.706.587,34 euro inclusief btw”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 23 november 2020 heeft de nv Renewi gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 december 2020, om 10.15 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lisa Van Besouw, die *loco* advocaat Joris Wouters verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Ann-Sofie Custers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jan De Leyn, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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 stad Antwerpen schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp “Raamovereenkomst voor transport en verwerking van B-hout”.

De opdracht wordt op 25 mei 2020 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 26 mei 2020 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Volgens het bestek GAC_2019_01101 is de looptijd van de raamovereenkomst 48 maanden.

De opdracht wordt gegund middels een openbare procedure met als enig gunningscriterium de prijs.

3.3. Het bestek bepaalt het volgende aangaande de technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid van de inschrijver:

- “1) De inschrijver dient over de noodzakelijke exploitatievergunning te beschikken voor de periode 1 november 2020 tot en met 31 december 2022. Ingeval de duurtijd van de aanneming deze van de vergunning overschrijdt, zal de inschrijver tijdig maatregelen treffen om de verlen[g]ing of de hernieuwing te voorzien. Bij niet-naleving hiervan zullen de maatregelen van IV.9 van toepassing zijn;
- 2) Er worden minimaal 3 referenties van de laatste 3 jaar gevraagd, met vermelding van hoeveelheden, datum en voor welke publiek- of privaatrechtelijke instanties ze bestemd zijn. Elke referentie beantwoordt minimaal aan de volgende waarde: minimum 10.000 ton op jaarbasis;
- 3) Verklaring in welke installatie het hout zal worden verwerkt en waaruit blijkt welk duurzaam eindproduct hieruit voortkomt. Opgave van de capaciteit van de installatie volgens de exploitatievergunning, (minimum 10.000 ton op jaarbasis) en minstens 3 voorbeelden van duurzame eindverwerking;
- 4) Opgave van [het] tot de inschrijver behorende materiaal: minimum 3 beschikbare voertuigen en minimum 30 afzetcontainers van 40 m³ en minimum 5 afzetcontainers van 20 m³.”

3.4. De openingszitting vindt plaats op 25 juni 2020.

Uit het proces-verbaal van opening blijkt dat er vijf inschrijvers een offerte hebben ingediend: de nv Bruco Containers, dit is de verzoekende partij, de nv Renewi, dit is de tussenkomende partij, de bvba Remondis De Vocht, de nv Stuer Containerdienst en de nv Suez R&R Be Services.

3.5. De verwerende partij vraagt naar aanleiding van het nazicht van de selectiecriteria bij e-mailbericht van 29 juni 2020 de verzoekende partij om verduidelijking over de referenties, meer bepaald bij de vermelding “diverse afvalstromen”. Op 30 juni 2020 antwoordt de verzoekende partij op deze vraag en naargelang de containerreferentie omschrijft zij deze afvalstromen nader als “Bouw& sloopafval”, “Glas”, “Hout, bouw & sloopafval, gemengd afval, gras, groenafval” en “Karton, hout”.

3.6. Op 8 september 2020 wordt een verslag van nazicht opgesteld.

Met betrekking tot het selectieonderzoek wordt vastgesteld dat drie inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, niet voldoen aan de selectiecriteria. Met betrekking tot de verzoekende partij wordt vermeld:

“Bruco Containers nv heeft 3 referenties opgegeven. Hieruit kon niet worden afgeleid of de minimum waarde van 10.000 ton op jaarbasis op houtafvoer en -verwerking slagen. Er werd door de aanbestedende overheid meer informatie opgevraagd aangaande de diverse afvalstromen. Het antwoord hierop kon niet de nodige verduidelijking brengen zodat de aanbestedende overheid heeft beslist de offerte van Bruco Containers nv niet verder te beoordelen.”

Na nader onderzoek van de offertes van de geselecteerde inschrijvers wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Renewi.

3.7. Het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen keurt op 23 oktober 2020 met de bestreden beslissing de gunning goed, voor het sluiten van een raamovereenkomst voor transport en verwerking van B-hout, aan de nv Renewi tegen het gunningsbedrag van 4.706.587,34 euro, btw inbegrepen. Het verslag van nazicht maakt deel uit van deze beslissing.

Bij aangetekende brief van 26 oktober 2020 en e-mailbericht van 27 oktober 2020 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de bestreden beslissing. Een kopie van de beslissing en een uittreksel uit het gunningsverslag worden bij deze brief gevoegd.

IV. Tussenkost

4. De nv Renewi blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij en de tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van de artikelen 4, 66 en 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 65 en 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het niet-discriminatiebeginsel en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij betwist dat zij niet kon worden geselecteerd op grond van het feit dat uit de door haar voorgebrachte referenties niet kon worden afgeleid of de minimum waarde van 10.000 ton op jaarbasis betrekking had op houtafvoer en -verwerking. Met deze beoordeling heeft de verwerende partij volgens haar een voorwaarde toegevoegd aan de selectievereisten zoals die waren bepaald in het bestek. In het bestek werd immers enkel bepaald dat de inschrijvers drie referenties dienden voor te leggen van de laatste drie jaar die minimaal dienen te beantwoorden aan de vereiste waarde van 10.000 ton op jaarbasis. Er mocht niet plots worden beslist dat elke referentie uitsluitend betrekking diende te hebben op houtafvoer en -verwerking.

Te dezen diende de inschrijver volgens het bestek enkel te beschikken over referenties die betrekking hebben op 10.000 ton op jaarbasis. De verzoekende partij voldeed hieraan aangezien ze referenties voorlegde van 29.954

ton, 42.000 ton, 11.400 ton, 12.700 ton en 14.000 ton. Zulks wordt als dusdanig niet betwist door de verwerende partij.

Bovendien is de verzoekende partij ten overvloede van oordeel dat haar referenties sowieso gelijkaardig zijn. In het kader van de voorgelegde referenties heeft de verzoekende partij voor de betrokken opdrachtgevers containers ter beschikking gesteld waarin verschillende afvalstromen werden verzameld, waaronder hout en ramen en deuren, maar ook bouw- en sloopafval, glas, karton en gemengd afval. Er is dan ook nauwelijks verschil tussen de referenties van de verzoekende partij en het voorwerp van de opdracht. De referenties betreffen ook opdrachten waarbij dezelfde soort van containers ter beschikking worden gesteld waarin afvalstoffen gedeponereerd worden en waarna deze containers naar een verwerkingsinstallatie worden gebracht. De verzoekende partij beschikt trouwens ook over de door het bestek vereiste verwerkingsinstallatie.

Beoordeling

8. Artikel 65 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Onverminderd artikel 42, § 3, eerste lid, 2°, van de wet, worden de selectiecriteria alsook de aanvaardbare bewijsmiddelen door de aanbestedende overheid vermeld in de aankondiging van de opdracht of, in afwezigheid van een dergelijke aankondiging, in de opdrachtdocumenten.
[...]
Elk criterium moet geformuleerd worden op een voldoende duidelijke wijze teneinde de selectie van de kandidaten of van de inschrijvers toe te laten.”

Overeenkomstig artikel 68, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 kan de aanbestedende overheid eisen dat de ondernemers een voldoende mate van ervaring hebben die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten.

Naar luid van artikel 68, § 3 en § 4, 1°, a), van hetzelfde koninklijk besluit kan de technische en beroepsbekwaamheid van de ondernemer onder meer worden aangetoond aan de hand van “een lijst van de werken die

gedurende de afgelopen periode van maximaal vijf jaar werden verricht en vergezeld gaat van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd, zowel met betrekking tot de wijze van uitvoering als met betrekking tot het resultaat”.

9. Te dezen werd in het bestek (bladzijden 4 en 18) het voorwerp van de opdracht als volgt omschreven:

“Raamovereenkomst voor transport en verwerking van B-hout

De stad Antwerpen zoekt een dienstverlener voor het transporteren en verwerken van B-hout van de containerparken en andere plaatsen naar de verwerkingsinstallatie.

Deze opdracht heeft betrekking op de volgende diensten, zoals opgenomen in de Common Procurement Vocabulary (CPV):

- 03416000: Houtafval

- 90512000: Diensten voor afvalvervoer

[...]

De burger brengt zijn hout naar de containerparken en deponeert het in daartoe door de dienstverlener geplaatste containers. Daartoe moeten er minimum 2 afzetcontainers per containerpark voorzien worden.

[...]

Onder recycling van B-hout verstaat men: zuiver houtafval zoals pallethout, bekistingshout, kisten en restanten van houtafval, verontreinigd hout zoals afbraakhout, oude deuren en ramen, fruit – en groentenkisten, vezelplaat en houten stoelen en meubelen.

Volgende houtsoorten behoren niet tot het onderwerp van deze opdracht:

- snoeihout;
- kerstbomen;
- boomstronken en wortels;
- spoorwegdwarsliggers
- diameter van metalen delen mogen niet groter zijn dan 10 mm.

De dienstverlener staat in voor het transport van de afvalstoffen van de containerparken en de ander bovenvernoemde plaatsen naar de verwerkingsinstallatie.

[...]

Ter informatie kan worden vermeld dat er in 2019, 14.881 ton op de containerparken werd aangeboden. Via de Kringwinkel werd er 1.388 ton aangeboden en voor de pop-up containerparken 9 ton. Dit geeft een totaal van 16.278 ton.”

Uit de omschrijving van de prijsbestanddelen blijkt dat de verwerking van het houtafval inbegrepen is in de opdracht (bestek bladzijde 7):

“III.3 Prijsvaststelling en prijsbestanddelen

[...]

De aannemer dient een prijs op te geven voor het transport van de afvalstoffen. In deze prijs dient tevens vervat:

- a) laden en lossen van de afzetcontainers op de door de installatieverantwoordelijke aangeduide plaats;
- b) de verhuur van de afzetcontainers;
- c) de weging van de afzetcontainers;
- d) het transport van de containers naar de verwerker.

De aannemer dient een prijs op te geven voor de verwerking van de afvalstoffen. In deze prijs dient tevens vervat:

- e) de verwerking van het hout in een daartoe erkende en vergunde installatie.”

Met betrekking tot de kwalitatieve selectie van de inschrijvers wordt in het bestek onder meer als tweede selectievereiste gevraagd minimaal drie referenties van de laatste drie jaar voor te leggen van “minimum 10.000 ton op jaarbasis”, met vermelding van hoeveelheden, datum en voor welke publiek- of privaatrechtelijke instanties ze bestemd zijn.

10. Te dezen voegde de verzoekende partij bij haar offerte een lijst met zes referenties van de voorbije laatste drie jaren met de enkele vermelding van het jaartal, de opdrachtgever, de hoeveelheden en de kwalificatie “diverse afvalstromen”. Na hiertoe te zijn uitgenodigd door de verwerende partij, lichtte de verzoekende partij nog toe op welke soorten afval de afvalstromen betrekking hadden. Het ging daarbij telkens om de voornoemde gemengde afvalstromen, zonder dat de verzoekende partij de tonnages per soort van afval uitsplitste.

De verzoekende partij lijkt niet te betwisten dat haar referenties geen betrekking hebben op houtafval maar slechts op de afvoer van gemengde afvalstromen.

11. In de omschrijving van het voormelde tweede selectie criterium wordt het materiaal waarop het gewicht van 10.000 ton op jaarbasis betrekking moet hebben, niet uitdrukkelijk vermeld. De verzoekende partij lijkt het ontbrekende materiaal hier echter niet zomaar zelf te kunnen invullen met de term “diverse afvalstromen”. Op het eerste gezicht lijkt met de verwerende partij en de tussenkomende partij immers te kunnen worden aangenomen dat daar waar in het bestek in de tweede en de derde selectievereiste met betrekking tot de technische bekwaamheid telkens vermeld wordt “minimum 10.000 ton op jaarbasis” deze

minimale vereiste hoeveelheid in de beide gevallen slaat op houtafval. In de derde selectievereiste wordt wat de verwerking betreft immers ook uitdrukkelijk verwezen naar “het hout”. De betrokken hoeveelheid houtafval ligt ook in lijn met de informatief meegedeelde hoeveelheid houtafval die werd vermeld bij de omschrijving van het voorwerp van de opdracht, namelijk 16.278 ton. Het hier bedoelde gepaste niveau van de gevraagde referenties lijkt op het eerste gezicht ook mede te mogen worden afgeleid uit de beschrijving van de opdracht in het bestek, die betrekking heeft op het ter beschikking stellen van containers voor uitsluitend de selectieve inzameling van B-hout en het transport en de verwerking van B-hout. De betrokken bepaling uit het bestek lijkt te moeten worden uitgelegd in het licht van het doel ervan, namelijk om de technische en beroepsbekwaamheid voor het uitvoeren van de betrokken opdracht na te gaan.

12. De verwerende partij en de tussenkomende partij maken daarbij ook *prima facie* afdoende aannemelijk dat de interpretatie van de selectievereiste die de verzoekende partij aanhoudt in haar verzoekschrift, namelijk dat de minimale vereiste van 10.000 ton per jaar kon slaan op alle soorten afvalstromen, niet strookt met het voorwerp en de finaliteit van de opdracht.

Op de eerste plaats is er geen enkele aanwijzing in het bestek terug te vinden waaruit kan worden afgeleid dat de verwerende partij doelde op “diverse afvalstromen” bij het bepalen van het minimale niveau van de voor te leggen referenties.

De verwerende partij en de tussenkomende partij wijzen er in dat verband ook op, op het eerste gezicht niet zonder relevantie, dat elke afvalstroom anders is, aanleiding geeft tot een ander eindproduct, dat de aard, de massa en de structuur van de afvalstroom invloed heeft op het transport, de opslag en de verwerking van de afvalstof.

Door het minimale niveau van de referenties te koppelen aan een gewichtomzet per jaar lijkt het op het eerste gezicht ook duidelijk dat het materiaal van belang is aangezien de omvang van een minimale afvoer van 10.000 ton betonpuin bijvoorbeeld niet te vergelijken is qua omvang met een minimale afvoer van 10.000 ton hout, dat een aanzienlijk lager soortelijk gewicht heeft.

Het leek op grond van de formulering van de selectievereiste in het bestek met betrekking tot de vereiste referenties op het eerste gezicht dan ook voldoende duidelijk te moeten zijn voor de inschrijvers, dat de minimaal vereiste tonnage in de voor te leggen referenties betrekking diende te hebben op het transport en de verwerking van houtafval. Zulks is aangegeven in de derde selectievereiste en is enigszins ongelukkig niet opnieuw expliciet vermeld in de tweede selectievereiste. De inschrijvers moeten dan ook geacht worden de in het bestek gestelde selectievereisten naar behoren te hebben kunnen interpreteren zoals hiervoor aangegeven. De overige inschrijvers hebben de betrokken vereiste ook in die zin geïnterpreteerd, behalve de inschrijver Stuer containerdienst, blijkbaar een dochteronderneming van de verzoekende partij, waarover de verwerende partij in de nota overigens betoogt dat deze inschrijver zijn offerte heeft afgestemd op die van de verzoekende partij.

De verzoekende partij, die vaststelde dat in de tweede selectievereiste bij het opgelegde minimale gewicht geen materiaal werd vermeld, heeft hieromtrent ook geen vragen gesteld aan de verwerende partij. Zij lijkt echter in de gegeven omstandigheden niet zomaar een eigen interpretatie te hebben mogen geven aan deze vereiste die niet in lijn ligt met de overige bepalingen van het bestek.

13. Het ontbreken van de herneming van het begrip “hout” in de tweede selectievereiste lijkt op het eerste gezicht de transparantie van de selectiecriteria niet te hebben aangetast zodat er in dat opzicht ook geen ongelijke behandeling van de inschrijvers wordt aangetoond. Bij de beoordeling van de referenties van de inschrijvers heeft de verwerende partij nagegaan of het houtafval was waarvoor referenties waren voorgelegd. Op het eerste gezicht heeft zij aldus geen vereiste toegevoegd aan de bepalingen van het bestek. Er wordt dan ook geen schending aangetoond van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

14. In de mate dat de verzoekende partij voorts aanvoert dat de verwerende partij ten onrechte haar referenties niet aanvaardde als referenties voor gelijkaardige werken, past het eraan te herinneren dat het in de eerste plaats aan de verwerende partij toekomt de voorgelegde referenties te beoordelen in het licht van de in het bestek vereiste referenties inzake technische bekwaamheid en dat zij ter

zake over beoordelingsruimte beschikt. Voorts blijkt uit hetgeen hiervoor reeds werd uiteengezet, dat de tweede selectievereiste bepaalde dat de inschrijvers drie referenties van de laatste drie jaren dienden voor te leggen en deze inhield dat die betrekking dienden te hebben op houtafval met een minimale hoeveelheid van 10.000 ton per jaar.

15. Gelet op al het voorgaande maakt de verzoekende partij onvoldoende aannemelijk dat er geen noemenswaardig verschil zou bestaan tussen het transporteren van verschillende afvalstromen, waarvoor zij referenties bijbracht, en het voorwerp van de opdracht en de in dat licht gevraagde referenties. Zij toont aldus niet aan dat de beslissing om haar niet te selecteren niet berust op in feite en in rechte draagkrachtige motieven. Voorts werden voor alle inschrijvers de referenties op dezelfde wijze getoetst aan de selectievereiste dat ze betrekking dienden te hebben op het transporteren en de verwerking van houtafval. De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat zij ongelijk behandeld zou zijn.

Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

15. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Renewi tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

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

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door

Greta Scheveneels, griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest