

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.923 van 17 juni 2021
in de zaak A. 232.396/XII-9001**

In zake : de BVBA ELIAS VANDEVOORDE CONTAINERDIENST
gevestigd te 9900 Eeklo
Nieuwendorpe 53
waar woonplaats wordt gekozen

tegen :

de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING
INTERGEMEENTELIJK SAMENWERKINGSVERBAND
VOOR MILIEU LAND VAN AALST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Schoolstraat 20
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Flora Wauters
kantoor houdend te 9750 Kruisem
Tweebekenstraat 8

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 1 december 2020, strekt tot de nietigverklaring en de schorsing van de tenuitvoerlegging van “de niet-gunning Verwerven en verwerken van hout ingezameld op de ILvA recyclageparken Bestek nr. YO/2020/09”.

De verzoekende partij vraagt tevens “een schadevergoeding te bekomen, berekend op de geschatte gederfde omzet van 9.030 ton houtafval x 40 ton x 2 jaar = 722.400, € + BTW”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Eerste auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld overeenkomstig artikel 93, eerste lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 juni 2021 .

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Flora Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, is 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit voor het verwerven en verwerken van hout ingezameld op de ILvA-recyclageparken.

De opdracht wordt gegund door middel van een openbare procedure. De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. YO/2020/09 “Verwerving en verwerking van hout ingezameld op de ILvA-recyclageparken”.

De volgende kwalitatieve selectiecriteria worden in het bestek opgenomen:

“2.1.1.2. KWALITATIEVE SELECTIECRITERIA (ART. 71 WET, ART. 65-69 EN 70-71 KB PLAATSING)

De inschrijver dient te voldoen aan onderstaande selectiecriteria:

Geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen:

- De inschrijver legt kopie voor van de vergunning(en) om hout te verwerven, op/over te slaan en te verwerken (milieuvergunning en daaraan gekoppelde bouwvergunning/ omgevingsvergunning) hetzij in eigen beheer, hetzij bij een onderaannemer op de datum van de opening der inschrijvingen (bewijs nu voor te leggen, en strekkend tot ten minste tot en met de startdatum van de opdracht aangegeven hogerop in dit bestek).
- Ingeval van export of import legt de inschrijver tevens een kopie van de vereiste export-/importvergunningen, zoals de vergunningen voor het grensoverschrijdend transport buiten Europese Unie van de materialen, voor het transiteren van de materialen in een transitland, en voor het importeren en de recyclage of nuttige toepassing van de materialen in het land van bestemming.

Economische en financiële draagkracht

De minimale vereisten qua economische en financiële draagkracht zijn:

- Te zijn verzekerd tegen beroepsrisico's (burgerlijke aansprakelijkheid en arbeidsongevallen)

De inschrijver bewijst zijn economische en financiële draagkracht aan de hand van:

- Het bewijs van verzekering tegen beroepsrisico's (burgerlijke aansprakelijkheid en arbeidsongevallen)

Technische en beroepsbekwaamheid

De minimale vereisten qua technische en beroepsbekwaamheid zijn:

- Het voorleggen van het recentste bewijs van de officiële ijking van de weegbrug die bij levering van het hout de afzonderlijke stromen weegt.

De inschrijver bewijst zijn technische en beroepsbekwaamheid aan de hand van:

- De beschrijving van de technische uitrusting van de ondernemer met inbegrip van bovenvermeld bewijs van ijkings van de weegbrug;
- Het gedeelte van de opdracht dat de inschrijver desgevallend voornemens is in onderaanneming te geven, met een volledige lijst met de eventuele onderaannemer(s)/verwerker(s);

De inschrijver verklaart op het UEA of hij al dan niet voldoet aan de selectiecriteria. De voor te leggen stukken dienen niet aan het UEA te worden toegevoegd maar zal de aanbestedende overheid opvragen indien noodzakelijk. Zie 2.1.3. voor meer informatie over het UEA.

ILvA houdt zich het recht voor om ter plaatse alle verklaringen, attesten en aangeboden documenten na te kijken en de inschrijver(s) te weren die hier niet aan voldoet(n). “

Met betrekking tot de mogelijkheid om in het kader van de selectiecriteria een beroep te doen op de draagkracht van derden wordt in het bestek vermeld:

“2.1.2. GEBRUIK ONDERAANNEMERS EN BEROEP OP DE DRAAGKRACHT (ART. 78 WET, ART 73-74 KB PLAATSING)

2.1.2.1. ONDERAANNEMING

De inschrijver vermeldt welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij hiervoor voorstelt. Voor elke onderaannemer vermeldt de inschrijver de naam, maatschappelijke zetel en ondernemingsnummer, alsook voor welk gedeelte van de opdracht hij de onderaannemer voorstelt.

In het kader van de uitvoering van de opdracht mag er geen uitsluitingsgrond van toepassing zijn op een onderaannemer.

2.1.2.2. BEROEP OP DRAAGKRACHT IN HET KADER VAN KWALITATIEVE SELECTIE

Daarnaast kan de inschrijver zich beroepen op de draagkracht van onderaannemers of andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten, met het oog op het voldoen aan de selectiecriteria uit A.1.2. (behalve voor criteria inzake de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen).

In geval van beroep op draagkracht, zijn de volgende regels van toepassing:

- De inschrijver voegt de nodige documenten toe aan zijn offerte, waaruit de verbintenis van deze onderaannemers of andere entiteiten blijkt om de voor de opdracht noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen van de inschrijver. Voor opmaak van de

bovenvermelde verbintenis kan gebruikgemaakt worden van het model ‘Verbintenis terbeschikkingstelling middelen’, dat als bijlage bij dit bestek gevoegd werd.

- Op deze onderaannemers of entiteiten op wiens draagkracht men beroep doet, mogen geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn zoals bedoeld in bepaling 2.1.1.1., onverminderd de mogelijkheid om corrigerende maatregelen te laten gelden.

- Indien de dienstverlener beroep doet op draagkracht in het kader van studie- en beroepskwalificaties of relevante beroepservaring, is hij verplicht om voor de uitvoering van de opdracht daadwerkelijk beroep te doen op de onderaannemers op wiens draagkracht hij beroep doet. Het inzetten van andere onderaannemers is onderworpen aan de voorafgaande toestemming van de aanbestedende overheid.

- Indien de inschrijver een beroep doet op de draagkracht in het kader van economische en financiële criteria, zijn de inschrijver en de entiteiten of onderaannemer waarop deze zich beroept, hoofdelijk aansprakelijk voor de uitvoering van de opdracht. De entiteiten of onderaannemers in kwestie dienen deze hoofdelijke aansprakelijkheid schriftelijk te aanvaarden in de bovenvermelde verbintenis.

Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere entiteiten.

[...]

Bijkomende vereisten

De inschrijver moet tevens:

- een ingevuld UEA voorleggen voor elke deelnemer van een combinatie van ondernemingen die optreedt als inschrijver
- een ingevuld UEA voorleggen voor elke onderaannemer of andere entiteit op wiens draagkracht de inschrijver beroep doet (zie 2.1.2.)
- in geval de inschrijver een combinatie van ondernemingen is, aanduiden welke deelnemer aan de combinatie zal optreden als vertegenwoordiger naar de aanbestedende overheid toe, in deel II.B van het UEA;”

3.2. Op 23 oktober 2020 vindt de openingszitting plaats. Er werden zes offertes ingediend, waaronder de offerte van de verzoekende partij en deze van de gekozen inschrijver.

3.3. Op 5 november 2020 wordt een gunningsverslag opgesteld. Met betrekking tot het onderzoek van de offerte van de verzoekende partij wordt in het gunningsverslag vermeld :

“ 6.1. Selectiecriteria

Geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen:

- De inschrijver legt kopie voor van de vergunning(en) om hout te verwerven, op/over te slaan en te verwerken (milieuvergunning en daaraan gekoppelde bouwvergunning / omgevingsvergunning) hetzij in eigen beheer, hetzij bij een onderaannemer op de datum van de opening der inschrijvingen (bewijs nu voor te leggen, en strekkend ten minste tot en met de startdatum van de opdracht aangegeven hogerop in dit bestek).
- ingeval van export of import, legt de inschrijver tevens een kopie van de vereiste export-/importvergunningen, zoals de vergunningen voor het grensoverschrijdend transport buiten de Europese Unie van de materialen, voor het transiteren van de materialen in een transitland, en voor het importeren en de recyclage of nuttige toepassing van de materialen in het land van bestemming;

Elias Vandevoorde bvba	Betrokkene legt een milieuvergunning op naam van SANEL Recycling BVBA voor. Dit is conform de vereisten van dit selectie criterium, doch in strijd met de verklaring op offerte en UEA, en in strijd met een verklaring in een ander selectie criterium, nl. dat de inschrijver geen onderaanneming zou aanwenden.
------------------------------	--

[...]

Technische en beroepsbekwaamheid:

De minimale vereisten qua technische en beroepsbekwaamheid zijn:

- Het voorleggen van het recentste bewijs van de officiële ijking van de weegbrug die bij levering van het hout de afzonderlijke stromen weegt.

De inschrijver bewijst zijn technische en beroepsbekwaamheid aan de hand van:

- De beschrijving van de technische uitrusting van de ondernemer met inbegrip van bovenvermeld bewijs van ijking van de weegbrug;
- Het gedeelte van de opdracht dat de inschrijver desgevallend voornemens is in onderaanneming te geven, met een volledige lijst met de eventuele onderaannemer(s)/verwerker(s);

Elias Vandevoorde bvba	<p>De inschrijver verklaart geen onderaannemers te zullen aanwenden. Er wordt op zowel UEA als offerteformulier verklaard dat de inschrijver geen gebruik zal maken van de draagkracht van een derde.</p> <p>Het bewijs van de ijking van de weegbrug staat echter op naam van SANEL RECYCLING BVBA en niet op naam van de inschrijver.</p> <p>De inschrijver werd per mail op 03/11/2020 verzocht het correcte ondersteunende document voor te leggen, maar kon dit niet. Uit het antwoord geleverd op 04/11/2020 blijkt dat de inzameling (verwerven) gebeurt door Elias Vandevoorde bvba maar de recyclage (verwerking) gebeurt door een ander bedrijf, nl. Sanel Recycling bvba.</p> <p>Er kan geen gebruik gemaakt worden van documenten gelinkt aan een andere rechtspersoon, als de ondernemer zich niet overeenkomstig artikel 78 van de wet inzake overheidsopdrachten, en artikel 73 van het KB Plaatsing, beroept op de draagkracht van die entiteit, en daartoe bovendien de noodzakelijke verbintenis ten behoeve van de aanbestedende overheid voorlegt.</p>
------------------------	--

Er moet dus worden vastgesteld dat Elias Vandevoorde bvba niet aan de gestelde selectiecriteria voldoet, omdat de beschrijving van de technische uitrusting van de onderneming niet het vermelde bewijs van ijking van de weegbrug bevat. De inschrijver kan voor hiervoor geen beroep doen op de weegbrug van een andere entiteit omdat op diverse plaatsen (incl. UEA) werd verklaard dat er niet op draagkracht van een andere entiteit beroep zou worden gedaan en er geen verbintenis wordt voorgelegd (zie art. 73, §2 KB Plaatsing). Verder wordt vastgesteld dat de inschrijver verklaart op geen onderaannemers te zullen inzetten, doch uit de offerte blijkt dit wel te zullen doen (vb. om aan de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen te kunnen voldoen, wordt een vergunning op naam van SANEL Recycling BVBA voorgelegd). Voor zover als nodig, dient dus ook te worden gewezen op art. 69,8° van het KB Plaatsing m.b.t. valse verklaringen voor de controle van de uitsluitingsgronden en selectiecriteria, wat eveneens een facultatief uitsluitingscriterium is.

De offerte van Elias Vandevoorde BVBA kan niet geselecteerd.”

In het gunningsverslag wordt als besluit voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Houtrecyclage Vandendriessche.

3.4. Bij besluit van onbekende datum van de verwerende partij wordt de motivering van het gunningsverslag onderschreven en wordt de opdracht gegund aan de nv Houtrecyclage Vandendriessche. Het gunningsverslag maakt integraal deel uit van deze beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij brief van 18 november 2020 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij niet wordt geselecteerd. Bij deze brief wordt de bestreden beslissing en het gunningsverslag gevoegd.

IV. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting

4.1. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift aan dat de redenen die in de bestreden beslissing worden aangehaald om de opdracht niet aan haar te gunnen, “geen steek” houden. Meer bepaald heeft zij kritiek op de vaststellingen in de bestreden beslissing dat zij een deel van de opdracht in externe onderaanneming zou geven en dat het bewijs van ijking van de weegbrug niet op haar naam staat. Zij stelt dat zij slechts intern beroep doet op de bvba Sanel Recycling en L&A Trans die beiden bestuurd worden door Elias Vandevoorde als enige zaakvoerder.

Zij betoogt voorts dat zij op 30 november 2018 een totaal identiek dossier indiende en dat deze offerte volgens het gunningsverslag als volledig en formeel regelmatig werd beschouwd.

Beoordeling

4.2. Het hiervoor onder randnummer 3.3. geciteerde gunningsverslag besluit dat de verzoekende partij niet mag worden geselecteerd aangezien zij niet aan de gestelde selectievereisten inzake “geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen” en “technische en beroepsbekwaamheid”, voldoet.

4.3. Uit de gegevens van het dossier blijkt dat de verzoekende partij bij haar offerte een milieuvergunning heeft voorgelegd die was toegekend aan de bvba Sanel Recycling en een bewijs van ijking van de weegbrug dat eveneens op naam van de bvba Sanel Recycling werd toegekend.

Overeenkomstig artikel 78 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten) en artikel 73 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), waarnaar te dezen ook uitdrukkelijk werd verwezen in het bestek, kan een ondernemer zich eventueel en voor een welbepaalde opdracht beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten, met betrekking tot de in artikel 67 van de wet overheidsopdrachten bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikelen 68 en 70 van de voormelde wet bedoelde criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid. Wanneer een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, dient hij overeenkomstig voormeld artikel 73, §1, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, aan te tonen dat hij ten behoeve van de aanbestedende overheid zal kunnen beschikken over de nodige middelen, met name door overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten. Een dergelijke verbintenis dient te worden voorgelegd, ongeacht de juridische band met de derde op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan.

Op grond van paragraaf 2 van het voormelde artikel 73 dient een inschrijver die beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten daar melding van te maken in het UEA. Hij vermeldt tevens in zijn offerte voor welk deel van de

opdracht hij beroep doet op deze draagkracht, alsook welke andere entiteiten hij voorstelt.

Te dezen blijkt de verzoekende partij echter zowel op haar offerteformulier als in haar UEA te hebben vermeld dat zij geen beroep doet op de draagkracht van derden. De verzoekende partij heeft aldus niet verklaard dat zij beroep zou doen op de draagkracht van een derde, namelijk de bvba Sanel Recycling, om te voldoen aan de selectievereisten van de opdracht inzake technische en beroepsbekwaamheid. Zij blijkt ook geen verbintenis te hebben voorgelegd waaruit blijkt dat zij zal kunnen beschikken over de nodige middelen van de bvba Sanel Recycling. Niettegenstaande voegde zij bij haar offerte wel een milieuvergunning en een ijkingscertificaat toegekend aan deze derde.

4.4. Het gegeven dat de zaakvoerder van de verzoekende partij dezelfde natuurlijke persoon zou zijn als de zaakvoerder van de bvba Sanel Recycling staat er niet aan in de weg dat de verzoekende partij, de bvba Elias Vandevoorde en de bvba Sanel Recycling twee onderscheiden rechtspersonen zijn. Wanneer de verzoekende partij een beroep zou doen op de draagkracht van bvba Sanel Recycling om te voldoen aan de selectievereisten voor de opdracht, zoals het voorleggen van het ijkingscertificaat en de milieuvergunning, dan doet zij een beroep op de draagkracht van een andere entiteit en dient zij aldus de hiervoor weergegeven vermeldingen op te nemen in het UEA en haar offerte.

De verwerende partij kon dan ook terecht op grond van de voormelde vaststellingen tot het besluit komen dat de verzoekende partij niet voldeed aan de selectievereisten voor de opdracht aangezien zij zelf de vereiste documenten niet kon voorleggen en verklaarde geen beroep te doen op de draagkracht van derden.

Het feit dat de verwerende partij in het verleden met betrekking tot een identieke inschrijving van de verzoekende partij voor een gelijkaardige

opdracht de inschrijving van de verzoekende partij wel zou hebben geselecteerd, doet aan het voorgaande geen afbreuk. Er is geen gelijkheid in onwettigheid.

Er wordt dan ook niet aangetoond dat de motieven op grond waarvan de verzoekende partij niet werd geselecteerd in feite onjuist zouden zijn of deze beslissing in rechte niet zouden kunnen dragen.

Het middel is niet gegrond. De door de verwerende partij opgeworpen excepties van niet-ontvankelijkheid behoeven bijgevolg geen nader onderzoek.

V. Besluit

5. Het enig middel is niet gegrond bevonden. Het beroep tot nietigverklaring dient te worden verworpen.

VI. Wat de vordering tot schorsing betreft

6. Zoals hiervoor vastgesteld dient het beroep tot nietigverklaring te worden verworpen. De vordering tot schorsing, die een accessorium vormt van het beroep tot nietigverklaring, dient bijgevolg eveneens te worden verworpen.

VII. Wat de vordering tot schadevergoeding tot herstel betreft

7. Het verzoek tot schadevergoeding tot herstel, dat een accessorium vormt van het annulatieberoep, komt maar aan de orde indien in het arrest dat uitspraak doet over het beroep tot nietigverklaring een onwettigheid werd vastgesteld.

Aangezien het beroep tot nietigverklaring moet worden verworpen, dient ook de vordering tot schadevergoeding te worden afgewezen.

VIII. Kosten

8. De kosten, met inbegrip van de door de verwerende partij gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro, vallen ten laste van de verzoekende partij.

9. Gelet op het bepaalde in artikel 70, § 1, vijfde lid, van het algemeen procedurereglement, dient het rolrecht dat verband houdt met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel aan de verzoekende partij te worden terugbetaald aangezien het beroep moet worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep tot nietigverklaring.

2. De Raad van State verworpt de vordering tot schorsing.

3. De Raad van State verworpt het verzoek tot schadevergoeding tot herstel.

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

Het onverschuldigde recht in verband met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel, begroot op 220 euro, dient aan de verzoekende partij te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zeventien juni tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin