

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 255.707 van 7 februari 2023
in de zaak A. 238.098/XII-9313**

In zake: de NV INDAVER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Tess Van Gaal en Astrid Van Laer
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

ECOWERF
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Garsse, Simon Verhoeven en
Koen De Metsenaere
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Prins Boudewijnlaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV BIONERGA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Gauthier Vlassenbroeck
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 januari 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gunningsbeslissing uitgaande van de raad van bestuur van EcoWerf van 19 december 2022 voor zover daarin werd besloten om de percelen 1, 2 en 3 van de opdracht ‘Verwerking en logistiek van huisvuil en grofvuil’ met nr.

2022-EW-02-277 aan Bionerga NV te gunnen en de percelen 5, 6 en 7 van voormelde opdracht niet te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 januari 2023 heeft de nv Bionerga gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 januari 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bob Martens, Tess Van Gaal en Astrid Van Laer , die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Simon Verhoeven en Koen De Metsenaere, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Barteld Schutyser en Gauthier Vlassenbroeck, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten voor de “verwerking en logistiek van huisvuil en grofvuil”.

De opdracht wordt geplaatst met een mededingingsprocedure met onderhandeling.

De opdracht bestaat uit negen percelen, onderscheiden op basis van regio en aard van het afval:

- Perceel 1 ‘Verwerking van 30.000 ton huisvuil - regio EcoWerf-Interrand’;
- Perceel 2 ‘Verwerking van 15.000 ton huisvuil - regio EcoWerf-Interrand’;
- Perceel 3 ‘Verwerking van 8.000 ton grofvuil - regio EcoWerf’;
- Perceel 4 ‘Verwerking van 800 ton grofvuil - regio Interrand’;
- Perceel 5 ‘Verwerking van 30.000 ton huisvuil - regio Intradura’;
- Perceel 6 ‘Verwerking van 15.000 ton huisvuil - regio Intradura’;
- Perceel 7 ‘Verwerking van 9.250 ton grofvuil - regio Intradura’;
- Perceel 8 ‘Verwerking van 2.700 ton huisvuil - regio Sint-Genesius-Rode’;
- Perceel 9 ‘Verwerking van 300 ton grofvuil - regio Sint-Genesius-Rode’.

De verwerende partij treedt in het kader van de voorliggende plaatsingsprocedure op als aanbestedende overheid en aankoopcentrale in de zin van artikel 47 van de 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016). Voor perceel 3 treedt zij op in eigen naam, voor de percelen 1 en 2 in eigen naam en in naam en voor rekening van Interrand, en voor de percelen 4 tot 9 in naam en voor rekening van Interrand, Intradura of de gemeente Sint-Genesius-Rode.

De totale waarde van de opdracht voor alle percelen, over zes jaar, wordt geraamd op 97.472.760 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt Europees aangekondigd.

De selectieleidraad met referentie 2022-EW-02-277 is op de plaatsingsprocedure van toepassing.

De selectieleidraad bepaalt, wat de technische en beroepsbekwaamheid betreft, het volgende:

“Technische en beroepsbekwaamheid:

De kandidaat moet over de nodige capaciteit beschikken om een perceel behoorlijk te kunnen realiseren en in aanmerking te komen voor de gunning van het desbetreffende perceel.

Naast de gevraagde documenten op vlak van de geschiktheid om een beroepsactiviteit te mogen uitoefenen, moet de kandidaat gelet op het voorwerp van de opdracht houder zijn van een omgevingsvergunning voor stedenbouwkundige handelingen en voor de exploitatie van ingedeelde inrichtingen of activiteiten (bouw- en milieuvergunning) inzake de verwerkingscentrale. De vergunning moet uitgereikt zijn door een organisme dat erkend is om deze uit te reiken.

De kandidaat bewijst dat hij [beschikt] over de vereiste technische uitrusting in het kader van de technische en beroepsbekwaamheid aan de hand van:

- plaats van verwerking (adres);
- verklaring vergunde capaciteit en beschikbare capaciteit voor de uitvoering van de opdracht.

De capaciteit die de kandidaat hierbij minimaal dient te garanderen, stemt overeen met de capaciteit van het grootste perceel (in ton) waarvoor de kandidaat zich in zijn aanvraag tot deelneming kandidaat stelt. Indien een kandidaat zich in zijn aanvraag tot deelneming kandidaat heeft gesteld voor een perceel waarvoor hij niet over de nodige vergunde én beschikbare capaciteit beschikt, dan zal deze kandidaat niet worden geselecteerd voor het perceel in kwestie en zal naar het eerstvolgende perceel qua grootteorde (in ton) worden gekeken voor de beoordeling van dit criterium. Deze stap wordt in voorkomend geval herhaald totdat de vergunde én beschikbare capaciteit zoals bepaald in de verklaring van de kandidaat volstaat voor minstens één van de door de kandidaat in zijn aanvraag tot deelneming opgegeven percelen. Indien de kandidaat voor geen enkel perceel over de nodige vergunde én beschikbare capaciteit, dan zal de kandidaat niet worden geselecteerd voor het gehele verdere verloop van de procedure.

De kandidaat heeft het recht zich kandidaat te stellen voor meerdere percelen dan waarvoor hij over de vereiste gecumuleerde/gecombineerde technische bekwaamheid en financiële en economische draagkracht beschikt voor zover hij minstens individueel voldoet aan de voor dat perceel gestelde selectiecriteria. In het kader van de gunningsfase zal per inschrijver worden beoordeeld of de inschrijver voor de percelen waarvoor hij in aanmerking komt voor gunning effectief voldoet aan de gecumuleerde/gecombineerde vereisten op vlak van technische en beroepsbekwaamheid en financiële en economische draagkracht.”

3.3. Er zijn vijf kandidaten die aanvragen tot deelneming indienen, welke betrekking hebben op één of meer percelen. Op 24 juni 2022 worden de vijf kandidaten geselecteerd, ieder voor de percelen waarvoor hij een kandidatuur heeft ingediend.

3.4. Op 27 juni 2022 worden de geselecteerde kandidaten uitgenodigd om een eerste offerte in te dienen. Het bijzonder bestek wordt hen bezorgd.

In het bijzonder bestek wordt onder punt II het volgende bepaald, onder meer in verband met de controle op de gecumuleerde selectiecriteria in het geval dat de offertes van een bepaalde inschrijver voor meer dan één perceel als de economisch meest voordelige offerte worden beschouwd:

“Dit gunningsbestek (hierna bestek) regelt de tweede fase van de opdracht ‘VERWERKING EN LOGISTIEK VAN HUISVUIL EN GROFVUIL’.

Dit deel heeft betrekking op de regeling tot gunning van een overheidsopdracht tot de opdrachtnemers zijn aangesteld.

In de eerste fase bepaalde de selectieleidraad aan welke selectiecriteria en voorwaarden de kandidaten dienden te beantwoorden om geselecteerd te kunnen worden en op welke wijze een aanvraag tot deelneming kon worden ingediend. De kandidaten konden voor één of voor meerdere percelen een aanvraag tot deelneming indienen, ook al voldoet deze kandidaat niet aan de gecumuleerde selectiecriteria van de percelen om alle in de aanvraag tot deelneming vermelde percelen gegund te kunnen krijgen. Op basis van de ingediende aanvragen tot deelneming werden er voor de verschillende percelen kandidaten geselecteerd.

De tweede fase bestaat erin dat de geselecteerde kandidaten, op basis van dit gunningsbestek, een offerte kunnen indienen voor de percelen waarvoor zij geselecteerd werden. Op basis van de in dit gunningsbestek bepaalde gunningscriteria zullen voor elk perceel de offertes worden beoordeeld en zal voor elk perceel de economisch meest voordelige offerte worden bepaald.

Aangezien de kandidaten, om geselecteerd te kunnen worden, niet moesten voldoen aan de gecumuleerde selectiecriteria van de percelen om alle in de aanvraag tot deelneming vermelde percelen gegund te kunnen krijgen, zal er in deze tweede fase een bijkomende controle van de selectiecriteria plaatsvinden indien een geselecteerde kandidaat de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend voor meerdere percelen, waarbij voor die percelen in kwestie zal worden nagegaan of deze inschrijver voldoet aan de gecumuleerde (opgetelde) selectiecriteria van deze percelen. Voor zover dat niet het geval zou zijn, zal de inschrijver slechts die percelen gegund krijgen waarvoor hij wél voldoet aan de gecumuleerde selectiecriteria. In dat opzicht zal er maximaal rekening worden gehouden met de door de inschrijver opgegeven voorkeursvolgorde, waarbij de aanbestedende overheid echter geen garanties geeft dat percelen met een hogere voorkeur gegund worden. Indien bijvoorbeeld de voorkeursvolgorde(s) zou(den) impliceren dat bepaalde percelen niet gegund zouden (kunnen) worden, dan heeft de aanbesteder het recht de voorkeursvolgorde niet (volledig) te volgen.”

3.5. De verzoekende partij dient een offerte in voor alle negen percelen van de opdracht. De nv Bionerga dient een offerte in voor de percelen 1, 2 en 3.

3.6. Na het onderzoek van de eerste offertes en het voeren van onderhandelingen, worden de inschrijvers uitgenodigd om uiterlijk op 9 september 2022 een BAFO in te dienen. De verzoekende partij dient een BAFO in voor alle negen percelen van de opdracht. De nv Bionerga dient een BAFO in voor de percelen 1, 2 en 3.

3.7. Op 19 oktober 2022 wordt een eerste gunningsbeslissing genomen. De percelen 1, 2 en 3 van de opdracht worden gegund aan de nv Bionerga. De percelen 4, 8 en 9 worden gegund aan de nv Indaver. Wat de percelen 5, 6 en 7 betreft, wordt beslist de opdracht niet te gunnen en de plaatsingsprocedure stop te zetten.

3.8. Op 18 november 2022 stelt de nv Indaver een vordering in tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de voornoemde beslissing van 19 oktober 2022 (zaak A. 237.699/XII-9285).

Na onderzoek van de in het verzoekschrift geformuleerde kritieken beslist de verwerende partij op 1 december 2022 om de gunningsbeslissing van 19 oktober 2022 voor alle percelen in te trekken, “teneinde [de] interne evaluaties en overwegingen in elk perceel afdoende te veruitwendigen in een nieuwe beslissing”.

Bij arrest nr. 255.227 van de Raad van State van 8 december 2022 wordt de voornoemde vordering verworpen, wegens het verlies van het voorwerp ervan.

3.9. Ondertussen zijn op 7 december 2022 aangepaste verslagen van nazicht van de offertes voor elk van de percelen opgemaakt.

Op 19 december 2022 neemt de verwerende partij een nieuwe gunningsbeslissing.

Op grond van een beoordeling van de offertes in het licht van de gunningscriteria worden de offertes per perceel gerangschikt.

Vervolgens wordt een bijkomende controle van de gecumuleerde selectiecriteria uitgevoerd, ten aanzien van de inschrijvers met de economisch meest voordelige offertes, zijnde de verzoekende partij en de tussenkomenende partij:

“Tijdens de selectiefase werd gecontroleerd of de aanvragen tot deelneming van de kandidaten voldeden aan de selectiecriteria voor het betrokken perceel waarvoor men zich kandidaat heeft gesteld. De conclusie luidde dat elke kandidaat voor elk perceel op zich waarop men heeft ingeschreven voldeed aan de selectiecriteria.

Inzake de financiële en economische draagkracht werd voor elk perceel een minimale omzet bepaald. Inzake de technische en beroepsbekwaamheid dienden de kandidaten per perceel aan te tonen dat zij over de vereiste capaciteit beschikken. Voor deze twee selectiecriteria geldt dat een inschrijver die voor meerdere percelen een offerte indient ook dient te voldoen aan de gecumuleerde (opgetelde) vereisten.

In het bijzonder bestek werd aangegeven dat er een bijkomende controle van de selectiecriteria zal plaatsvinden indien een geselecteerde kandidaat de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend voor meerdere percelen, waarbij voor die percelen in kwestie zal worden nagegaan of deze inschrijver voldoet aan de gecumuleerde (opgetelde) selectiecriteria van deze percelen.

Concreet betekent dit dat moet worden nagegaan of Bionerga nv en Indaver nv voldoen aan de gecumuleerde selectiecriteria van de percelen waarvoor hun offerte als de economisch meest voordelige offerte werd beoordeeld, zijnde percelen 1 t.e.m. 3 in hoofde van Bionerga nv en de percelen 4 t.e.m. 9 in hoofde van Indaver nv.

Na onderzoek en beoordeling komt de aanbestedende overheid tot de vaststelling dat beide inschrijvers voldoen aan de gecumuleerde selectiecriteria van de percelen waarvoor hun offerte als de economisch meest voordelige werd beoordeeld. Zo blijkt uit de overgemaakte stukken dat Bionerga nv en Indaver nv over de benodigde capaciteit beschikken. Daarenboven blijkt uit de beschikbare informatie ook dat de gecumuleerde omzet wordt gehaald door beide kandidaten. Puur vanuit het vereiste dat moet voldaan zijn aan de gecumuleerde selectiecriteria voor de percelen waarvoor de betrokken offerte als de economisch meest voordelige werd beoordeeld is er geen beletsel voor de toewijzing van de percelen,

onverminderd hetgeen is vastgesteld inzake de percelen 5, 6 en 7 (zie verder).”

In verband met de percelen 5, 6 en 7, waarvoor de verzoekende partij als enige inschrijver gerangschikt werd (percelen 5 en 6) of als eerste van drie inschrijvers (perceel 7), bevat de beslissing nog de volgende motieven, inbegrepen een overname van de motieven vervat in een beslissing die Intradura op 15 december 2022 heeft genomen:

“Intradura

Percelen 5 en 6

Gelet op artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten;

Gelet op de voorafgaande marktconsultatie;

Gelet op de opdrachtdocumenten 2022-EW-02-277;

Overwegende dat voor deze percelen telkens één offerte werd ingediend;

Overwegende dat de raad van bestuur van Intradura op 15 december 2022 op gemotiveerde wijze heeft beslist EcoWerk in haar hoedanigheid als aankoopcentrale te mandateren om perceel 5 ‘Verwerking van 30.000 ton huisvuil - regio Intradura’ en perceel 6 ‘Verwerking van 15.000 ton huisvuil - regio Intradura’ niet te gunnen en de procedure voor wat betreft deze percelen stop te zetten.

Motivering van Intradura

Er wordt vastgesteld dat de oplossing die de markt in deze procedure voor deze percelen heeft geboden, in alle opzichten minder voordelig is ten opzichte van de oplossingen die Intradura in eigen beheer/via inbesteding aan het onderzoeken is. Het zuinigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur indachtig is het bijgevolg niet opportuun om op dit moment op dit voorstel van de markt in te gaan en kan Intradura niet anders dan een oplossing in eigen beheer/via inbesteding verder onderzoeken, waarmee voor de inwoners binnen haar werkingsgebied bijkomende kosten kunnen worden vermeden.

Intradura wenst daarom conform artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten de procedure voor perceel 5 ‘Verwerking van 30.000 ton huisvuil - regio Intradura’ en perceel 6 ‘Verwerking van 15.000 ton huisvuil - regio Intradura’ stop te zetten en deze percelen niet te gunnen.

Overigens kan daarbij ook worden opgemerkt dat de marktwerking voor wat betreft deze percelen verre van optimaal is te noemen, vermits er telkens slechts één inschrijver een offerte heeft ingediend voor deze percelen.

Perceel 7

Gelet op artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten;

Gelet op de voorafgaande marktconsultatie;

Gelet op de opdrachtdocumenten 2022-EW-02-277;
Overwegende dat voor dit perceel drie offertes werden ingediend;
Overwegende dat de raad van bestuur van Intradura op 15 december 2022 op gemotiveerde wijze heeft beslist EcoWerf in haar hoedanigheid als aankoopcentrale te mandateren om perceel 7 ‘Verwerking van 9.250 ton grofvuil - regio Intradura’ niet te gunnen en de procedure voor wat betreft dit perceel stop te zetten.
Motivering van Intradura
Er wordt vastgesteld dat de oplossingen die de markt in deze procedure voor deze percelen heeft geboden, in alle opzichten minder voordelig zijn ten opzichte van de oplossingen die Intradura in eigen beheer/via inbesteding aan het onderzoeken is. Het zuinigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur indachtig is het bijgevolg niet opportuun om op dit moment op deze voorstellen van de markt in te gaan en kan Intradura niet anders dan een oplossing in eigen beheer/via inbesteding verder onderzoeken, waarmee voor de inwoners binnen haar werkingsgebied bijkomende kosten kunnen worden vermeden.
Intradura wenst daarom conform artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten de procedure voor perceel 7 ‘Verwerking van 9.250 ton grofvuil - regio Intradura’ stop te zetten en dit perceel niet te gunnen.”

Dienvolgens wordt, zoals op 19 oktober 2022, beslist om de percelen 1 tot 3 (voor een totale geschatte hoeveelheid van 53.000 ton) te gunnen aan de nv Bionerga, de percelen 4, 8 en 9 (voor een totale geschatte hoeveelheid van 3.800 ton) te gunnen aan de nv Indaver, en de percelen 5, 6 en 7 (voor een totale geschatte hoeveelheid van 54.250 ton) niet te gunnen en de procedure voor die laatste percelen stop te zetten.

De beslissing van 19 december 2022 is de thans bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

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

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van de vordering in zoverre deze betrekking heeft op de percelen 1, 2 en 3 van de opdracht

6. De verzoekende partij ontwikkelt in een eerste middel kritiek op het bijkomend selectieonderzoek bij de gunning van de percelen 1, 2 en 3 van de opdracht aan de nv Bionerga.

Dit middel bestaat uit twee onderdelen.

Eerste onderdeel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert in het eerste onderdeel de schending aan van de artikelen 66, 81, § 2, 3°, en 83 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 76, §§ 1 en 4, juncto § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het gelijkheidsbeginsel zoals gewaarborgd bij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*,

“Doordat uit het geheel van omstandigheden blijkt dat [de tussenkomende partij] niet over de vereiste beschikbare capaciteit beschikt om de percelen 1 t.e.m. 3 in werkelijkheid tezamen naar behoren uit te voeren, en doordat daaruit volgt dat verwerende partij niet rechtmatig kon besluiten dat [de

tussenkomende partij], als de geselecteerde kandidaat met de (vermeend) economisch meest voordelige offerte voor de percelen 1 t.e.m. 3, ook effectief voldeed aan de gecumuleerde (opgetelde) selectiecriteria voor deze percelen, zodoende dat uit de bestreden beslissing niet blijkt dat verwerende partij de bijkomende controle naar de gecumuleerde toepassing van de selectiecriteria voor de betrokken percelen op een correcte wijze en conform het eigen bijzonder bestek heeft verricht,

Terwijl een aanbestedende overheid overeenkomstig het *patere legem*-beginsel gehouden is de bepalingen van haar eigen opdrachtdocumenten na te leven; het bijzonder bestek op bladzijde 5 in niet mis te verstane bewoordingen aan verwerende partij oplegt dat zij ook in de gunningsfase een bijkomende controle van de selectiecriteria dient te verrichten wanneer een geselecteerde kandidaat de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend voor meerdere percelen, waarbij voor die percelen zal worden nagegaan of deze inschrijver voldoet aan de gecumuleerde selectiecriteria van deze percelen; dat de selectieleidraad op bladzijde 10 tevens voorschrijft als één van de selectiecriteria dat de kandidaat zowel over de nodige vergunde als beschikbare capaciteit moet beschikken om een perceel behoorlijk te kunnen realiseren om voor de gunning van de percelen in kwestie in aanmerking te komen,

En terwijl dergelijke verplichting ook voortvloeit uit de artikelen 66 en 83 van de Wet Overheidsopdrachten juncto artikel 76 KB Plaatsing, op grond waarvan een offerte van een inschrijver ook substantieel onregelmatig (en aldus nietig) dient te worden verklaard wanneer ze de minimale eisen van de opdrachtdocumenten en het milieurecht miskent of indien ze de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker maakt,

En terwijl van een zorgvuldige aanbestedende overheid kan worden verwacht dat zij transparant optreedt zonder willekeur, en inschrijvers die zich in een verschillende situatie bevinden dan ook niet op een gelijke wijze behandelt,

Zodat de in [het onderdeel] aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden”.

In de toelichting zet de verzoekende partij uiteen dat in het eerste onderdeel in essentie wordt aangevoerd dat de verwerende partij heeft nagelaten om op een correcte wijze en conform het eigen bijzonder bestek de vereiste bijkomende controle naar de gecumuleerde toepassing van de selectiecriteria te verrichten alvorens over te gaan tot de gunning van de percelen 1, 2 en 3 aan één enkele inschrijver, zijnde de tussenkomende partij.

Zij wijst erop dat inzake technische en beroepsbekwaamheid in de selectieleidraad een selectie criterium werd gehanteerd waarbij de kandidaten een verklaring moesten voorleggen waaruit blijkt dat zij beschikken over de

vergunde capaciteit en de beschikbare capaciteit voor de uitvoering van de opdracht. In het kader van de gunningsfase diende te worden gecontroleerd of er voor alle percelen die aan de betrokken inschrijver zouden worden gegund is voldaan aan de gecumuleerde vereisten voor deze percelen.

Volgens de verzoekende partij beschikt de tussenkomende partij niet over de vereiste “beschikbare” capaciteit. Voor de uitvoering van de percelen 1, 2 en 3 moet 45.000 ton aan huisvuil en 8.000 ton aan grofvuil verwerkt kunnen worden, terwijl de installatie waarover de tussenkomende partij in Beringen beschikt een vergunde capaciteit heeft van 200.000 ton op jaarbasis. Die capaciteit wordt volgens de verzoekende partij evenwel volledig benut, gelet op het feit dat de tussenkomende partij op heden reeds instaat voor de verwerking van het volledige afval afkomstig van de provincie Limburg, met een capaciteit van 200.000 ton per jaar, en van het volledige afval van de stad Diest. Er bestaat dan ook gerede twijfel over de beschikbare capaciteit voor de verwerking van de bijkomende tonnage van 53.000 ton.

Deze twijfel wordt evenwel een stellige zekerheid als rekening wordt gehouden met een rapport van OVAM over de ‘tarieven en capaciteiten voor storten en verbranden’, met de stand van zaken tot 2021. Dat rapport bevat een tabel waaruit blijkt dat naar de installatie in Beringen in 2021 211.714 ton afval werd aangevoerd en die installatie dus voor 106% werd benut. Er is dus reeds sprake van overcapaciteit in deze installatie. Het is de verzoekende partij een raadsel hoe de tussenkomende partij 53.000 ton, dit wil zeggen ruimschoots 25% van de capaciteit van die installatie, nog bijkomend zal gaan verwerken.

De verzoekende partij stelt vast dat de tussenkomende partij weliswaar nog een installatie in Oostende heeft, maar meent dat deze niet voor de uitvoering van de opdracht gebruikt kan worden omwille van het ‘nabijheidsbeginsel’ zoals gehuldigd in het Europees en het Belgisch milieurecht (artikel 16 van richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen, omgezet in onder meer artikel 18, § 2, van het decreet van 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen).

Omwille van dat beginsel kan er volgens de verzoekende partij evenmin met de reeds bestaande volumes tussen de twee installaties worden geschoven.

De verzoekende partij verwijt aan de bestreden beslissing dat die enkel met de vergunde capaciteit, doch niet met de beschikbare capaciteit rekening heeft gehouden. Enkel voor de vorm heeft de verwerende partij een bijkomende controle naar de capaciteit van de tussenkomende partij gedaan, zonder echter de beschikbare capaciteit concreet na te gaan.

De verzoekende partij voert ten slotte aan dat de verwerende partij de opdracht aan de tussenkomende partij heeft gegund, ondanks het feit dat de finale offerte van die partij niet voldoet aan de minimale eisen van het bestek (door namelijk niet te voldoen aan de vereiste gecumuleerde capaciteit), en evenmin aan de toepasselijke milieuwetgeving (door namelijk een overcapaciteit van de installatie in Beringen in de hand te werken). Door de offerte niet substantieel onregelmatig te verklaren, schendt de bestreden beslissing artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

8. In haar nota doet de verwerende partij gelden dat zij het betrokken selectie criterium wel degelijk heeft onderzocht. Bij haar aanvraag tot deelneming heeft de tussenkomende partij een eerste verklaring gevoegd, volgens welke haar installatie in Beringen een vergunde capaciteit heeft van 200.000 ton per jaar, waarvan 55.000 ton per jaar beschikbaar is voor de uitvoering van de voorliggende opdracht. Aangezien de gekozen inschrijver de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend voor de percelen 1, 2 en 3, voor in totaal 53.000 ton per jaar, volstaat de beschikbare capaciteit van 55.000 ton per jaar om te voldoen aan de gecumuleerde capaciteitsvereisten voor die percelen. Bij haar eerste offerte heeft de tussenkomende partij bovendien verklaard dat zij ook over een installatie in Oostende kan beschikken, voor het verwerken van niet-recycleerbaar restafval. Leveranciers van bedrijfsrestafval hebben flexibele leveringscontracten op beide aanleverlocaties, waardoor het mogelijk is om volumes te verschuiven van Beringen naar Oostende en omgekeerd. De tussenkomende partij verklaarde dat zij ook met andere verwerkers van restafval afspraken heeft gemaakt. Op basis van al deze elementen concludeerde de verwerende partij dat de tussenkomende partij voldeed aan de gecumuleerde

selectiecriteria. Omdat er aldus geen bijzonder probleem rees, mocht de motivering in de bestreden beslissing beperkt blijven tot de vaststelling dat de tussenkomende partij voldoet aan de gecumuleerde selectiecriteria voor de percelen 1, 2 en 3, en dat uit de door haar overgemaakte stukken met name blijkt dat zij over de nodige capaciteit beschikt.

Vervolgens gaat de verwerende partij in op een aantal argumenten van de verzoekende partij. Zij betwist dat de verzoekende partij voor haar standpunt steun kan vinden in het OVAM-rapport. Dat rapport gaat uit van gegevens uit het verleden, terwijl er over de verschillende jaren sterke schommelingen zijn in de aangevoerde volumes. Zij wijst erop dat uit dat rapport overigens blijkt dat ook de verzoekende partij met haar installatie aan overcapaciteit werkt, namelijk aan 112%. Niettemin heeft de verwerende partij ook op basis van verklaringen van de verzoekende partij aanvaard dat zij over de vereiste gecumuleerde capaciteit beschikt.

Waar de verzoekende partij poneert dat op basis van het nabijheidsbeginsel niet met afvalstromen geschoven zou mogen worden tussen de installaties, wijst de verwerende partij erop dat die stelling niet wordt onderbouwd. Uit het opschrift van artikel 16 van richtlijn 2008/98/EG blijkt bijvoorbeeld dat het nabijheidsbeginsel begrepen moet worden in samenhang met het zelfvoorzieningsprincipe, terwijl geenszins duidelijk is wat die samenhang voor een regio als het Vlaams Gewest concreet betekent.

9. De tussenkomende partij benadrukt in de eerste plaats dat de aanbestedende overheid met betrekking tot de selectie van de kandidaten geen actieve onderzoeksplicht heeft. De kandidaten moeten aantonen dat zij aan de selectiecriteria voldoen door de bewijsmiddelen voor te leggen die door de aanbestedende overheid zijn opgelegd. Te dezen moesten de inschrijvers een verklaring voorleggen waarin het bestaan van een vergunning wordt bevestigd, de plaats van verwerking wordt meegedeeld en de capaciteit voor de uitvoering van de opdracht wordt meegedeeld. Andere bewijsstukken waren niet vereist. In haar verklaring bevestigde de tussenkomende partij dat zij in haar installatie in Beringen een beschikbare capaciteit van 55.000 ton per jaar had. Op grond van die

verklaring heeft de verwerende partij vastgesteld dat de tussenkomende partij over de vereiste capaciteit beschikte om de percelen 1, 2 en 3 te kunnen uitvoeren.

De tussenkomende partij gaat vervolgens in op de argumenten van de verzoekende partij, onder meer op het argument dat zij niet zou beschikken over een beschikbare capaciteit van 53.000 ton.

In verband met het OVAM-rapport wijst zij erop dat de tabel waarop de verzoekende partij steunt niet weergeeft wat de werkelijk beschikbare capaciteit van de verwerkingsinstallaties is, maar wel de theoretische capaciteit bij een calorische waarde van 10 GigaJoule (Gj) per ton. De tabel is overigens, wat de installatie in Beringen betreft, niet correct: de capaciteit van 200.000 ton per jaar die de installatie volgens de milieuvergunning heeft, is een capaciteit bij 12,5 Gj per ton; omgerekend naar 10 Gj per ton zou in de tabel een capaciteit van 250.000 ton vermeld moeten zijn. In de praktijk worden veel afvalstromen aan een lagere calorische waarde dan 10 Gj per ton verwerkt, zodat de werkelijke capaciteit hoger ligt. De tussenkomende partij wijst er ook op dat het OVAM-rapport slechts een momentopname uit 2021 weergeeft, terwijl de afvalverwerkingssector, zeker voor het bedrijfsafval, zeer veranderlijk kan zijn.

Anders dan de verzoekende partij beweert, staat de installatie in Beringen niet in voor de verwerking van het volledige afval afkomstig van de provincie Limburg en de stad Diest. Die installatie staat in voor de verwerking van het huishoudelijk restafval van die twee gebieden, goed voor een tonnage van 110.000 ton per jaar. Er is aldus een theoretische restcapaciteit van 90.000 ton per jaar, bij 12,5 GJ per ton, die voor een mix van korte- en langetermijncontracten kan worden aangewend. Het verwerken van bedrijfsafval, dat van het huishoudelijk afval onderscheiden moet worden, is een commercieel gegeven, dat van jaar tot jaar kan veranderen. Er is dus meer dan voldoende capaciteit over om de afval te verwerken die het voorwerp is van de percelen 1, 2 en 3. Overigens, anders dan de verzoekende partij beweert, zal de tussenkomende partij geen afvalstromen in het kader van die percelen naar Oostende transporteren. Zij kan eventueel wel voor andere afvalstromen op die installatie een beroep doen.

Beoordeling

10. De verzoekende partij oefent kritiek uit op de wijze waarop de verwerende partij de bijkomende controle van de selectiecriteria bij de gunning van de percelen 1, 2 en 3 van de opdracht heeft uitgevoerd.

In de selectieleidraad wordt bepaald dat de kandidaten voor deelname aan de procedure het bewijs van de vereiste technische uitrusting moeten leveren aan de hand van de plaats van verwerking en een ‘verklaring vergunde capaciteit en beschikbare capaciteit voor de uitvoering van de opdracht’. De verificatie of een kandidaat over de nodige capaciteit beschikt vindt in eerste instantie perceel per perceel plaats in de selectiefase. Zoals uit de selectieleidraad en het bestek blijkt, vindt een bijkomende controle plaats, ditmaal met betrekking tot de gecumuleerde vereisten voor de verschillende percelen waarvoor een inschrijver de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend, in het kader van de gunningsfase.

Volgens de verzoekende partij zou de verwerende partij ten onrechte hebben besloten dat de tussenkomende partij beschikt over de vereiste gecumuleerde vergunde capaciteit en beschikbare capaciteit voor de uitvoering van die percelen van de opdracht.

11. De drie betrokken percelen blijken betrekking te hebben op een totale jaarlijks te verwerken tonnage aan afval van 53.000 ton. Dit is derhalve de gecumuleerde capaciteit waaraan de tussenkomende partij dient te beantwoorden. Zij dient de vereiste technische uitrusting aan te tonen aan de hand van de documenten waarvan sprake in de selectieleidraad, in het bijzonder een verklaring met betrekking tot de ‘vergunde capaciteit en beschikbare capaciteit’.

Uit de aanvraag van de tussenkomende partij tot deelneming, een vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat die partij bij haar aanvraag een verklaring heeft gevoegd van de nv Biostoom Beringen van 2 juni 2022, volgens welke deze de noodzakelijke middelen ter beschikking zal stellen van de tussenkomende partij, en een andere verklaring van die vennootschap van dezelfde datum, volgens welke zij voor haar installatie in

Beringen beschikt over een omgevingsvergunning, de vergunde capaciteit van die installatie 200.000 ton per jaar bedraagt, en de beschikbare capaciteit van die installatie voor de uitvoering van de opdracht 55.000 ton per jaar bedraagt. Beide verklaringen zijn door de verwerende partij in haar nota en door de tussenkomende partij in haar verzoekschrift tot tussenkomst aangehaald. Uit de eerste offerte van de tussenkomende partij, een ander vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt bovendien dat die partij bij die offerte een verklaring van 11 augustus 2022 heeft gevoegd, waarin zij stelt dat zij bedrijfsrestafval kan verschuiven van de installatie van Beringen naar haar installatie in Oostende en omgekeerd, en dat zij hierdoor en ook door afspraken met andere verwerkers van restafval, kan garanderen dat de ingezamelde afvalstoffen in Beringen aangeleverd en verwerkt kunnen worden. Die verklaring is door de verwerende partij in haar nota aangehaald.

Op het zicht van het bewijsmiddel dat daartoe gevraagd werd in de selectieleidraad lijkt de verwerende partij dus wettig te hebben kunnen concluderen dat de tussenkomende partij voldoet aan de gecumuleerde selectiecriteria.

12. Ook wanneer van het procedé van de verklaring door de inschrijver zelf gebruik gemaakt wordt, dient de aanbestedende overheid een bepaalde controle uit te voeren.

Gelet op de bewoordingen in de selectieleidraad en het bestek lijkt de onderzoeksplicht van de aanbestedende overheid in het kader van het betrokken selectie criterium zich te dezen echter te beperken tot de vaststelling dat er bij de aanvraag tot deelneming wel degelijk een geldige verklaring ‘vergunde capaciteit en beschikbare capaciteit voor de uitvoering van de opdracht’ is gevoegd en, indien meerdere percelen aan een bepaalde inschrijver worden gegund, dat de vergunde en de beschikbare capaciteit voldoen voor de gecumuleerde percelen. Indien dat alles komt vast te staan, lijkt de aanbestedende overheid te mogen besluiten dat aan het betrokken selectie criterium is voldaan.

13. De verzoekende partij voert aan dat de tussenkomende partij, anders dan deze heeft aangegeven, niet over de vereiste capaciteit beschikt. De

Raad van State begrijpt die grief als een kritiek op de beoordeling door de verwerende partij van de beschikbare capaciteit van de tussenkomende partij.

In zoverre de verzoekende partij verwijst naar een tabel die voorkomt in een rapport van OVAM, waarin voor de installatie in Beringen wordt aangegeven dat deze beschikt over een capaciteit van 200.000 ton per jaar bij 10 Gj per ton en dat die capaciteit in 2021 voor 106% werd benut, lijken die cijfers mede gelezen te moeten worden in het licht van de verduidelijkingen die de tussenkomende partij daarover verstrekt. Zo wijst de tussenkomende partij erop dat de tabel uitgaat van een calorische waarde van 10 Gj per ton afval, terwijl de installatie in Beringen zou werken aan 12,5 Gj per ton, met als gevolg dat de capaciteit van de installatie in werkelijkheid 250.000 ton per jaar zou bedragen. De tussenkomende partij doet, zoals de verwerende partij, ook gelden dat de cijfers uit 2021 op zich geen bewijs vormen van de beschikbare capaciteit in latere jaren. Op grond van de werkelijke situatie voert de tussenkomende partij aan dat zij in de betrokken installatie in totaal over een theoretische restcapaciteit van 90.000 ton per jaar aan 12,5 Gj per ton beschikt. Gelet op die preciseringen en aanvullingen, die op het eerste gezicht niet als onredelijk voorkomen, lijkt de tabel in het OVAM-rapport dan ook niet te volstaan als bewijs dat de verklaringen die de tussenkomende partij heeft bezorgd aangaande de beschikbare en vergunde capaciteit in Beringen, niet met de werkelijkheid zouden overeenstemmen.

In zoverre de verzoekende partij ervan uitgaat dat de tussenkomende partij een gedeelte van het opgehaalde afval zou verwerken in Oostende, hetgeen zij in strijd acht met het nabijheidsbeginsel, volstaat het op te merken dat de tussenkomende partij in de verklaringen bij haar aanvraag tot deelneming en haar eerste offerte geen melding gemaakt heeft van het inschakelen van haar installatie in Oostende voor de verwerking van het afval bedoeld in de voorliggende opdracht. De tussenkomende partij ontkent trouwens formeel in haar verzoekschrift tot tussenkomst dat dit het geval zou zijn. Er is dan ook geen reden om in te gaan op de argumentatie van de verzoekende partij met betrekking tot het nabijheidsbeginsel. Er is evenmin enige reden om in te gaan op de argumentatie, ontwikkeld ter terechtzitting, met betrekking tot beweerde mededingingsbeperkende afspraken tussen de tussenkomende partij en andere verwerkers van restafval. Wel merkt de Raad van State op dat de bedoelde

afspraken eenvoudig afspraken lijken te zijn tussen de tussenkomende partij en de leveranciers van bedrijfsafval en ander afval met wie zij een overeenkomst heeft gesloten, met betrekking tot de plaats waar die leveranciers het afval voor de verwerking kunnen aanbieden.

14. Het eerste onderdeel steunt in zijn geheel op het uitgangspunt dat de tussenkomende partij niet beschikt over de vereiste ‘beschikbare’ capaciteit, of minstens, dat daarover gereede twijfel bestaat. Gelet op het voorgaande, neemt de Raad van State voorshands echter aan dat de verwerende partij in redelijkheid kon oordelen dat de tussenkomende partij wel degelijk voldoet aan het selectie criterium inzake capaciteit, en dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat die beoordeling steunt op kennelijk onjuiste motieven. Het onderdeel lijkt derhalve feitelijke grondslag te missen.

Het is derhalve niet ernstig.

Tweede onderdeel

Uiteenzetting van het onderdeel

15. De verzoekende partij voert in het tweede onderdeel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), juncto de artikelen 4, 8°, 5, 9°, en 8 van de rechtsbeschermingswet, het transparantiebeginsel, gewaarborgd bij artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat de bestreden beslissing voor de percelen 1 t.e.m. 3, en wat betreft de bijkomende controle op de gecumuleerde toepassing van de selectiecriteria inzonderheid, slechts op beknopte en algemene wijze aangeeft dat uit het bijkomend onderzoek geen beletsel tot toewijzing van de percelen 1, 2 en 3 is voortgekomen, zonder enige concrete en feitelijke onderbouwing, zodat [de verzoekende partij] niet kan nagaan of de beslissing op deugdelijke motieven is gesteund en meer nog, de ware motieven van de bestreden beslissing niet kan kennen, Terwijl een aanbestedende overheid op grond van de in dit middel aangehaalde bepalingen en beginselen ertoe is gehouden om een beslissing

te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid door de aanbestedende overheid zijn vastgesteld, zodat dergelijke deugdelijke motieven de beslissing effectief kunnen dragen en de bestuurde in staat kunnen stellen de redenen voor de beslissing te kennen,
Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden”.

In de toelichting zet de verzoekende partij uiteen dat de bestreden beslissing de materiële motiveringsplicht schendt doordat zij vage en algemene bewoordingen gebruikt (“na onderzoek en beoordeling”, “de overgemaakte stukken”, “de benodigde capaciteit”, “de beschikbare informatie”), die de verzoekende partij niet toelaten na te gaan of de beslissing steunt op draagkrachtige motieven, gebaseerd op werkelijk bestaande en concrete feiten. Het is niet duidelijk wat precies werd onderzocht, noch wat de verwerende partij verstaat onder “benodigde” capaciteit, noch op basis van welke stukken zij tot haar oordeel is gekomen. Volgens de verzoekende partij wordt de materiële motiveringsplicht bovendien ook geschonden doordat de bestreden beslissing steunt op onjuiste motieven. Zoals aangevoerd in het eerste onderdeel, blijkt uit publiek beschikbare informatie immers dat de tussenkommende partij niet over de vereiste beschikbare capaciteit beschikt.

Op grond van dezelfde redenen is de verzoekende partij van oordeel dat de verwerende partij haar beslissing niet heeft gesteund op zorgvuldig onderzochte feiten, zodat ook het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden.

Beoordeling

16. In zoverre de verzoekende partij aan de bestreden beslissing verwijt dat de daarin aangevoerde motieven vaag en algemeen zijn, lijkt zij een schending aan te voeren van de formele motiveringsplicht eerder dan van de materiële motiveringsplicht.

Indien uit het administratief onderzoek blijkt dat een door het bestek vereiste bijkomende controle met betrekking tot de selectiecriteria wel degelijk is uitgevoerd en dat er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen,

lijkt de formele motiveringsplicht niet te vereisen dat dit onderzoek in extenso wordt weergegeven in het verslag van nazicht of in de gunningsbeslissing.

Te dezen blijkt uit de bestreden gunningsbeslissing dat een bijkomende controle van de gecumuleerde selectiecriteria heeft plaatsgevonden, onder meer met betrekking tot de tussenkomende partij. In die beslissing wordt voorts overwogen dat uit de overgemaakte stukken blijkt dat de tussenkomende partij over de “benodigde capaciteit” beschikt – waarmee in het licht van de selectieleidraad kennelijk de vergunde capaciteit en de beschikbare capaciteit bedoeld worden – en dat uit de beschikbare informatie bovendien blijkt dat de vereiste gecumuleerde omzet “wordt gehaald” door de tussenkomende partij. De verwerende partij concludeert hieruit dat er “vanuit het vereiste dat moet voldaan zijn aan de gecumuleerde selectiecriteria [...] geen beletsel [is] voor de toewijzing van de percelen [1, 2 en 3]” aan de tussenkomende partij, of met andere woorden dat er op dit punt geen bijzondere problemen zijn gerezen. Ook al verwijzen die motieven niet naar de concrete stukken waarop die beoordeling steunt, zij lijken pertinent en draagkrachtig te zijn, en aldus te voldoen aan de formele motiveringsplicht.

17. In zoverre de verzoekende partij aan de bestreden beslissing verwijt dat de daarin aangevoerde motieven onjuist of onwettig zijn, voert zij een schending aan van de materiële motiveringsplicht.

Uit de bespreking van het eerste onderdeel is gebleken dat de verwerende partij uit de verklaringen van de tussenkomende partij gevoegd bij haar aanvraag tot deelneming en haar eerste offerte in redelijkheid kon afleiden dat de tussenkomende partij wel degelijk voldoet aan het selectiecriterium inzake capaciteit, en dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat die beoordeling steunt op kennelijk onjuiste motieven (zie overweging 14).

In zoverre lijkt het tweede onderdeel feitelijke grondslag te missen.

18. Gelet op het voorgaande, maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de verwerende partij de bestreden beslissing zou steunen op feiten die niet zorgvuldig onderzocht zijn.

19. Het onderdeel is niet ernstig.

VII. Onderzoek van de vordering in zoverre deze betrekking heeft op de niet-gunning van de percelen 5, 6 en 7 van de opdracht

20. De verzoekende partij ontwikkelt in een tweede middel kritiek op het niet gunnen van de percelen 5, 6 en 7 van de opdracht en het stopzetten van de gunningsprocedure in verband met die percelen.

A. Ontvankelijkheid van de vordering

Uiteenzetting van de exceptie

21. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op, in zoverre deze gericht is tegen de beslissing om de percelen 5, 6 en 7 van de opdracht niet te gunnen.

Zij wijst erop dat zij in de voorliggende plaatsingsprocedure voornamelijk optreedt als aankoopcentrale en dus als tussenpersoon voor andere intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en voor een bepaalde gemeente. Dit is met name het geval voor de percelen 5, 6 en 7 van de opdracht (die de ‘regio Intradura’ betreffen). Voor die percelen is de voorliggende beslissing een loutere uitvoering van een door Intradura op 15 december 2022 genomen beslissing om de percelen niet te gunnen en de plaatsingsprocedure stop te zetten. Aldus zou een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden, door de verwerende partij genomen beslissing de verzoekende partij niet tot voordeel kunnen strekken. De verwerende partij kan immers niet ingaan tegen de expliciete instructie van Intradura om de opdracht niet te gunnen.

De verzoekende partij heeft dan ook geen belang bij haar vordering.

Beoordeling

22. Uit de opdrachtdocumenten blijkt dat in het kader van de voorliggende plaatsingsprocedure enkel de verwerende partij is opgetreden als aanbestedende overheid. Zij heeft daarbij weliswaar als aankoopcentrale in de zin van artikel 47 van de wet overheidsopdrachten 2016 gehandeld in naam en voor rekening van onder meer Intradura.

Er blijkt niet dat, in het kader van de voorliggende plaatsingsprocedure, er een rechtstreekse juridische relatie zou zijn tussen de verzoekende partij en Intradura. Die laatste is in het kader van de plaatsingsprocedure een loutere opdrachtgever, en zij treedt niet op als aanbestedende overheid.

De bestreden beslissing verwijst in haar motivering uitdrukkelijk naar de beslissing van Intradura van 15 december 2022 om de percelen 5, 6 en 7 van de voorliggende opdracht niet te laten gunnen door de verwerende partij en de plaatsingsprocedure voor deze percelen te laten stopzetten door de verwerende partij. De motieven die Intradura daartoe aanhaalt, worden door de verwerende partij uitdrukkelijk hernomen in de bestreden beslissing.

23. Een eventuele schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing zou tot gevolg hebben dat de verwerende partij haar beslissing zou moeten heroverwegen, waarbij ervan uitgegaan kan worden dat zij haar opdrachtgever om instructies zou vragen. Ook Intradura zou aldus uitgenodigd worden om haar eerdere beslissing te heroverwegen, in het licht van de motieven van het voorliggende arrest.

In de huidige stand van het geding lijkt dan ook aangenomen te mogen worden dat een eventuele schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing in verband met de percelen 5, 6 en 7 aan de verzoekende partij een voordeel kan bezorgen.

24. De exceptie lijkt niet ernstig.

B. Ernst van het middel

Eerste onderdeel

Uiteenzetting van het onderdeel

25. De verzoekende partij voert in een eerste onderdeel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet juncto de artikelen 4, eerste lid, 9°, 5, 10° en 9 van de rechtsbeschermingswet, het gelijkheidsbeginsel zoals gewaarborgd bij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, het transparantiebeginsel gewaarborgd bij artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat de bestreden beslissing wat betreft de percelen 5 t.e.m. 7 niet op deugdelijke motieven is gesteund in de mate dat deze abstract en algemeen verwijzen naar het zuinigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur alsook de vermeende, maar niet onderbouwde, bewering dat de oplossingen die voor deze markt werden aangeboden ‘minder voordelig zijn ten opzichte van de oplossingen die Intradura in eigen beheer/via inbesteding aan het onderzoeken is’, en doordat uit reeds genomen beslissingen van Intradura [...] blijkt dat Intradura deze optie niet verder ‘aan het onderzoeken is’, maar reeds een constructie via inbesteding aan het realiseren is, waardoor deze motivering dan ook volstrekt tegenstrijdig is met de realiteit,

Terwijl de door Indaver opgegeven prijs als regelmatig en niet abnormaal werd beoordeeld en wel degelijk beantwoordt aan het zuinigheidsbeginsel, en terwijl een aanbestedende overheid op grond van de in [het onderdeel] aangehaalde bepalingen en beginselen ertoe is gehouden om een beslissing te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid door de aanbestedende overheid werden vastgesteld, zodat dergelijke deugdelijke motieven de beslissing effectief kunnen dragen en de bestuurde in staat kunnen stellen de redenen voor de beslissing te kennen,

Zodat de in [het onderdeel] aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden”.

In haar toelichting zet de verzoekende partij uiteen dat het eerste onderdeel in essentie inhoudt dat de bestreden beslissing geenszins concreet en feitelijk werd onderbouwd en aldus niet op deugdelijke motieven is gesteund.

Zij wijst erop dat de beslissing om de percelen 5, 6 en 7 niet te gunnen steunt op het feit dat de oplossing die door “de markt” voor deze percelen wordt geboden in alle opzichten minder voordelig is dan de oplossingen die Intradura in eigen beheer of via inbesteding “aan het onderzoeken is”. Met betrekking tot de percelen 5 en 6 steunt de beslissing bijkomend op het feit dat de marktwerking verre van optimaal is, vermits voor die percelen slechts één inschrijver een offerte heeft ingediend.

In zoverre de bestreden beslissing steunt op een vermeend meer voordelige oplossing in eigen beheer of via inbesteding (percelen 5, 6 en 7), voldoet zij volgens de verzoekende partij niet aan de materiële motiveringsplicht en is zij niet met de vereiste zorgvuldigheid genomen. De verwerende partij beperkt de motivering tot een algemene verwijzing naar het zuinigheidsbeginsel en naar oplossingen die voordeliger zouden zijn dan die welke de verzoekende partij en andere ondernemers voorstellen, zonder concreet uiteen te zetten welke oplossingen zij overweegt. De verzoekende partij merkt op dat het duidelijk is dat Intradura en de verwerende partij “niet het complete plaatje aan de inschrijvers [wensten] mee te delen”. In werkelijkheid immers heeft de raad van bestuur van Intradura op 17 november 2022 reeds besloten om toe te treden tot het Intergemeentelijk Samenwerkingsverband voor Vuilverwijdering en -verwerking in Brugge en Ommeland, afgekort IVBO, en heeft hij op 15 december 2022, benevens de beslissing tot niet-gunning van de percelen 5, 6 en 7, ook besloten tot de goedkeuring van de samenwerkingsovereenkomst met IVBO. De motivering is derhalve in strijd met de realiteit. Bovendien hebben Intradura en de verwerende partij niet op een zorgvuldige wijze onderzocht of de oplossing in eigen beheer of via inbesteding aan IVBO werkelijk voordeliger is dan de oplossingen voorgesteld door de markt.

Voorts voert de verzoekende partij aan dat de prijzen die zij heeft opgegeven voor de percelen 5, 6 en 7 niet wezenlijk verschillen van die welke zij heeft opgegeven voor de percelen 4, 8 en 9, welke percelen aan haar zijn

gegund. Uit de verslagen van nazicht voor de percelen 5, 6 en 7 blijkt bovendien dat de prijzen die zij voor die percelen heeft aangeboden, niet abnormaal hoog (of laag) lijken. Uit een en ander volgt dat haar prijzen niet zodanig niet-marktconform zijn dat zonder meer kan worden aangenomen dat een oplossing in eigen beheer of via investering voordeliger zou zijn.

In elk geval kan het zuinigheidsbeginsel niet ipso facto een verantwoording bieden voor het niet gunnen van een opdracht. Dit is te dezen des te minder het geval, nu de verzoekende partij voor de percelen 5, 6 en 7 de economisch meest voordelige offerte indiende, zonder enig voorbehoud wat haar prijszetting betreft.

In zoverre de bestreden beslissing bijkomend steunt op het vermeend gebrek aan een optimale marktwerking (percelen 5 en 6), voert de verzoekende partij aan dat het loutere feit dat er slechts een beperkt aantal gegadigden is, niet automatisch leidt tot de vaststelling dat de eerlijke mededinging niet werd geëerbiedigd. Te dezen wordt het vermeend gebrek aan optimale marktwerking niet met feiten ondersteund. Uit verscheidene elementen kan integendeel worden afgeleid dat de offerte van de verzoekende partij voor die percelen concurrentieel is en geen abnormaal hoge prijzen bevat. Ten slotte is de motivering van de bestreden beslissing intern tegenstrijdig, nu zij aanneemt, enerzijds, dat de prijzen van de verzoekende prijs voor de percelen 5 en 6 niet concurrentieel of niet marktconform zijn, en anderzijds, dat de prijzen voor de percelen 1, 2, 3, 4, 8 en 9, die daarvan niet beduidend afwijken, niet abnormaal hoog (of laag) zijn.

Beoordeling

26. Volgens artikel 85 van de wet overheidsopdrachten 2016 houdt het volgen van een plaatsingsprocedure geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van een opdracht en kan een aanbestedende overheid 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 dezelfde wet bepaalt dat ingeval de aanbestedende overheid ervoor kiest de opdracht te plaatsen in de vorm van afzonderlijke percelen, zij het recht heeft er slechts enkele te gunnen. De aanbestedende overheid is er aldus geenszins toe verplicht alle percelen van de opdracht te gunnen en zij mag wel degelijk beslissen om sommige percelen niet te gunnen en de plaatsingsprocedure voor die percelen stop te zetten.

27. De plaatsing van een overheidsopdracht strekt ertoe te voldoen aan de behoeften van de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid beschikt in principe dan ook over een aanzienlijke beoordelingsruimte bij het nemen van een beslissing om bepaalde percelen van een opdracht al dan niet te gunnen. Wel mag zij daarbij niet willekeurig of onzorgvuldig te werk gaan en moet die beslissing steunen op deugdelijke motieven, die de beslissing kunnen dragen.

Het komt de Raad van State niet toe zich in de plaats te stellen van de aanbestedende overheid, noch mag hij zijn eigen opvatting over de noodzaak van het al dan niet gunnen van een opdracht in de plaats stellen van die van de aanbestedende overheid. Enkel een beslissing tot niet-gunning die op het eerste gezicht als onwettig, onzorgvuldig of onredelijk dient te worden aangemerkt, kan leiden tot een schorsing van de tenuitvoerlegging ervan.

28. In de bestreden beslissing wordt de keuze om de percelen 5, 6 en 7 van de opdracht niet te gunnen en de plaatsingsprocedure voor deze percelen stop te zetten verantwoord met een beroep op het zuinigheidsbeginsel. In de beslissing wordt vastgesteld dat het marktaanbod in het kader van de huidige plaatsingsprocedure voor Intradura op financieel vlak niet interessant is gebleken en dat Intradura daarom ervoor heeft gekozen om te werken met een oplossing in eigen beheer en/of via investering.

Voor de percelen 5 en 6 wordt daarnaast nog gewezen op het feit dat slechts één offerte werd ingediend.

29. Een overschrijding van het beschikbare budget en het feit dat het project financieel niet langer haalbaar is, lijken in beginsel geldige redenen te vormen tot niet-gunning van de betrokken overheidsopdracht. Evenzeer kan de

vaststelling dat de exploitatie in eigen beheer voordeliger is dan een overeenkomst met een inschrijver een aanvaardbare reden zijn.

Ook het gegeven dat er slechts één offerte werd ingediend voor een opdracht en er aldus door het gebrek aan concurrentie twijfel rijst of de geboden prijzen van die ene inschrijver wel concurrentieel zijn, lijkt aanvaard te kunnen worden als een deugdelijk motief om een plaatsingsprocedure stop te zetten.

De in de bestreden beslissing opgenomen redenen om de opdracht niet te gunnen en de procedure stop te zetten, kunnen op het eerste gezicht dan ook beschouwd worden als redenen die deze beslissing kunnen dragen.

30. De verzoekende partij verwijt aan de bedoelde motivering dat zij slechts op een algemene wijze verwijst naar het zuinigheidsbeginsel en geen melding maakt van concrete feiten waaruit zou blijken dat oplossingen in eigen beheer of via inbesteding voordeliger zijn dan de oplossing aangereikt door de verzoekende partij. Met de verwerende partij lijkt echter aangenomen te kunnen worden dat het vanuit het oogpunt van de formele motivering volstaat dat zij te kennen geeft om welke reden zij besluit om de percelen 5, 6 en 7 niet te gunnen. De verwijzing naar financieel voordeligere alternatieven kan dan ook volstaan bij wijze van formele motivering. Zoals de verwerende partij terecht lijkt aan te voeren, hoeft de verzoekende partij niet de “motieven van de motieven” te geven.

De verzoekende partij voert voorts aan dat de motivering intern tegenstrijdig is, aangezien deze enerzijds overweegt dat de oplossingen in eigen beheer of via inbesteding “voordeliger zijn”, maar anderzijds ook overweegt dat Intradura die oplossingen “nog aan het onderzoeken is”. Met de verwerende partij lijkt echter aangenomen te kunnen worden dat de vaststelling dat de door de verzoekende partij aangeboden oplossingen minder voordelig zijn dan “wat er op dat moment op tafel ligt bij de alternatieve pistes die worden onderzocht, [niet betekent] dat die alternatieve pistes reeds volledig in kannen en kruiken [...] zijn”. De motivering in de bestreden beslissing lijkt dan ook geen blijk te geven van een interne tegenstrijdigheid.

De verzoekende partij voert ook nog aan dat Intradura en de verwerende partij op een niet-transparante wijze handelen door in de motivering geen melding te maken van het feit dat Intradura voor de verwerking van huisvuil en grof vuil reeds besloten heeft om toe te treden tot IVBO. Het feit dat de verwerende partij geen melding maakt van het feit dat Intradura op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen reeds een duidelijke optie had genomen op een investering via IBVO, kan bij de verzoekende partij de indruk gewekt hebben dat er achter haar rug manoeuvres gevoerd werden. Het zoeken naar een alternatieve oplossing voor de verwerking van afval betekent echter nog niet dat het bestuur, in dit geval Intradura, onwettig handelt. Evenmin lijkt het niet vermelden van het bestaan van die onderhandelingen, of zelfs van het bestaan van een overeenkomst ter zake, tot de conclusie te kunnen leiden dat de beslissing tot niet-gunning van de betrokken percelen steunt op in rechte onaanvaardbare redenen, of dat zij op een onzorgvuldige wijze tot stand gekomen is.

31. Ten gronde betwist de verzoekende partij dat een oplossing in eigen beheer of via investering goedkoper zou zijn dan de oplossingen die zij voor de percelen 5, 6 en 7 heeft voorgesteld. De in de bestreden beslissing gegeven motivering zou aldus niet stroken met de realiteit.

Ter terechtzitting verwijst zij in dit verband naar artikel 15 van de statuten van IVBO. Volgens haar zou daaruit blijken dat de prijs van IVBO 150 euro per ton bedraagt, wat aanzienlijk hoger is dan de prijzen voorgesteld door de verzoekende partij. Uit het voornoemde artikel 15 lijkt echter enkel afgeleid te kunnen worden dat de opdrachthoudende verenigingen die afval leveren aan IVBO een jaarlijks vast te stellen bijdrage moeten betalen die niet hoger mag zijn dan 150 euro per ton. Met de verwerende partij lijkt aldus aangenomen te kunnen worden dat het precieze bedrag van de te betalen prijs per ton nog niet vaststaat.

De verzoekende partij voert ook nog aan dat de reden om de percelen 5, 6 en 7 niet te gunnen wordt tegengesproken door het feit dat zij voor de percelen 4, 8 en 9 van de opdracht gelijkaardige prijzen heeft geboden en die percelen haar wel gegund werden. De Raad van State moet echter vaststellen dat de laatstgenoemde percelen werden gegund in naam en voor rekening van Interrand (perceel 4) en de gemeente Sint-Genesius-Rode (percelen 8 en 9). Het staat die aan

de opdracht deelnemende overheden vrij om, in tegenstelling tot Intradura, wél in te gaan op het aanbod van de verzoekende partij. De enkele omstandigheid dat zij dat gedaan hebben, betekent niet dat de beslissing van Intradura om dat niet te doen daarom onwettig zou zijn.

Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat haar prijzen voor de percelen 5, 6 en 7 in het kader van het prijs- of kostenonderzoek niet abnormaal hoog werden verklaard. Op het eerste gezicht lijkt die vaststelling echter niet te beletten dat Intradura en de verwerende partij uiteindelijk beslissen om de plaatsingsprocedure stop te zetten en de opdracht niet te gunnen. De vraag of een offerteprijs abnormaal hoog is, met andere woorden of deze niet buitensporig boven de gangbare marktprijs uitstijgt, lijkt immers los te staan van de vraag of dat bedrag wel financieel haalbaar is voor de aanbestedende overheid en of deze geen alternatieve oplossing verkiest.

32. Uit het voorgaande volgt dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat, in zoverre de bestreden beslissing in verband met de percelen 5, 6 en 7 steunt op het bestaan van goedkopere oplossingen dan die welke door de verzoekende partij worden voorgesteld, dat motief zou steunen op onbestaande, onvoldoende of onzorgvuldig vastgestelde feiten.

Het bijkomend motief dat in de bestreden beslissing ingeroepen wordt in verband met de percelen 5 en 6, namelijk het feit dat de marktwerking voor die percelen verre van optimaal is doordat er daarvoor telkens slechts één inschrijver is, lijkt in die omstandigheden een overtollig motief te zijn. Het is dan ook niet nodig om nog in te gaan op de grieven die de verzoekende partij in dat verband formuleert.

33. Het onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

Uiteenzetting van het onderdeel

34. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5 van de wet overheidsopdrachten 2016, het gelijkheidsbeginsel, zoals gewaarborgd bij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van de eerlijke en vrije mededinging,

“Doordat de bestreden beslissing voor wat betreft de niet-gunning van de percelen 5 t.e.m. 7 zou zijn gebaseerd op het gegeven dat Intradura voordeligere oplossingen in eigen beheer of via inbesteding is ‘aan het onderzoeken’, maar dat in de realiteit blijkt dat Intradura al een constructie via inbesteding aan het realiseren is met een ander intergemeentelijk samenwerkingsverband, en dit schijnbaar aan lagere prijzen dan de betrokken markt (d.w.z. niet-marktconform) en buiten deze plaatsingsprocedure om, zodat dit intergemeentelijk samenwerkingsverband niet aan alle formaliteiten en voorwaarden dient te voldoen van het bijzonder bestek, waardoor er sprake is van een oneerlijke concurrentie en een belemmering van de vrije mededinging,

Terwijl verwerende partij verplicht is om ondernemers op een gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen alsook te handelen op een transparante en zorgvuldige wijze, zodat een gelijk speelveld tussen ondernemers kan worden gewaarborgd en er geen concurrentievervalsing of vertekening van de mededinging optreedt, zodoende dat ondernemers gelijke kansen hebben om mee te dingen naar een overheidsopdracht, Zodat de in [het onderdeel] aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden”.

In de toelichting zet de verzoekende partij uiteen dat de handelwijze van Intradura erin bestaat dat de lopende opdrachtprocedure voor de percelen 5, 6 en 7 wordt stopgezet en dat die percelen vervolgens buiten de markt om worden toegekend aan IVBO. Aldus wordt het gelijkheidsbeginsel geschonden, nu de verzoekende partij zich heeft moeten onderwerpen aan de formaliteiten opgelegd bij de wetgeving inzake overheidsopdrachten, terwijl IVBO, die op dezelfde markt werkzaam is, niet zal worden onderworpen aan die wetgeving.

De verzoekende partij voert voorts aan dat op de afvalmarkt private en publieke actoren met elkaar in concurrentie zijn. Wanneer de publieke actoren zich onderling beroepen op elkaar om diensten aan of via elkaar te verlenen, zoals het geval is met het verlenen van de litigieuze opdracht via het

in-house principe aan IVBO, dan wordt de afvalmarkt voor private actoren afgesloten, of wordt de concurrentie voor hen toch minstens erg bemoeilijkt. Aldus wordt, in strijd met artikel 5 van de wet overheidsopdrachten 2016, de toepassing van die wet omzeild en de mededinging op kunstmatige wijze beperkt.

Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat de bestreden beslissing geen blijk geeft van een deugdelijk onderzoek naar de impact van de niet-gunning van de litigieuze percelen op de relevante markt. Volgens de verzoekende partij zal de bestreden beslissing leiden tot dienstverlening door IVBO tegen nog lagere prijzen dan die welke zijn voorgesteld door de verzoekende partij. Tegen zulke prijzen zullen andere ondernemers niet kunnen concurreren. Door niet met alle relevante gegevens rekening te houden, schendt de bestreden beslissing het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

35. De verwerende partij werpt op dat de kritiek van de verzoekende partij geen betrekking heeft op de beslissing die het voorwerp is van de voorliggende procedure, maar op beslissingen die daaraan vreemd zijn.

Die kritiek lijkt niet van ernst ontbloot. Het lijkt echter niet nodig voor de Raad van State om zich in het kader van de voorliggende procedure uit te spreken over de ontvankelijkheid van het tweede onderdeel, nu dit onderdeel in elk geval niet ernstig is, om de redenen die hierna worden uiteengezet.

36. In zoverre een schending van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 wordt aangevoerd, lijkt de daarin vervatte verplichting om de ondernemers op gelijke wijze te behandelen zich slechts uit te strekken tot de inschrijvers op een welbepaalde overheidsopdracht. Die bepaling lijkt daarentegen niet te verplichten tot een gelijke behandeling van ondernemingen die kandidaat zijn voor een overheidsopdracht, enerzijds, en overheden die in het kader van een in-house opdracht kandidaat zijn voor de uitvoering van een door een bepaalde overheid te verlenen opdracht, anderzijds.

In zoverre een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het beginsel van gelijke behandeling en niet-discriminatie wordt aangevoerd, lijken de twee voornoemde categorieën van kandidaten aan zodanig verschillende juridische regimes te zijn onderworpen dat zij zich niet in vergelijkbare situaties bevinden.

37. In zoverre een schending van artikel 5 van de wet overheidsopdrachten wordt aangevoerd, stelt de Raad van State vast dat artikel 5, § 1, eerste lid, bepaalt dat “een aanbesteder [...] geen overheidsopdracht [opstelt] met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken”.

Een intern project binnen een bepaald bestuur dient vanzelfsprekend niet te voldoen aan de voorwaarden van de wetgeving inzake overheidsopdrachten. Op grond van artikel 30 van de wet overheidsopdrachten 2016 valt een overheidsopdracht die (via inbesteding) door een aanbestedende overheid geplaatst wordt bij een privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon, ook buiten het toepassingsgebied van die wet, mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Door een plaatsingsprocedure stop te zetten en te opteren voor een alternatieve oplossing in eigen beheer of via inbesteding, lijkt een aanbestedende overheid de wetgeving inzake overheidsopdrachten dan ook niet te omzeilen.

Voorshands is de Raad van State ook van oordeel dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat het stopzetten van een plaatsingsprocedure en het opteren voor een alternatieve oplossing via inbesteding, tot gevolg hebben dat de toegang van private actoren tot de betrokken markt dermate beperkt wordt dat er sprake zou zijn van een ‘kunstmatige’ beperking van de mededinging. Om van een dergelijke impact op de markt te kunnen spreken lijkt minstens een inzicht in de concrete modaliteiten van de in-house samenwerking nodig te zijn. Die modaliteiten lijken niet bekend geweest te zijn op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen.

38. In zoverre de verzoekende partij een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel aanvoert, lijkt zij te suggereren dat Intradura en de verwerende partij een beslissing over de percelen 5, 6 en 7 hadden moeten

uitstellen totdat bekend was tegen welke prijzen IVBO haar diensten aan Intradura zou aanbieden. Voorshands kan de Raad van State er echter niet toe komen om uit het zorgvuldigheidsbeginsel een dergelijke verplichting af te leiden.

39. Het onderdeel is niet ernstig.

VIII. Besluit

40. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

IX. Kosten

41. De tussenkomende partij vraagt om haar kosten, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, ten laste van de verzoekende partij te leggen.

De kosten van de tussenkomst zijn ten laste van de tussenkomende partij, die door artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, bovendien uitdrukkelijk van het verkrijgen van een rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesloten.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Bionerga 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 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 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 zeven februari tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Paul Lemmens