

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 259.552 van 19 april 2024
in de zaak A. 241.491/XII-9478**

In zake: de BV MATRAS RECYCLING EU BELGIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Matthias Stinissen en Astrid Van Laer
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de INTERCOMMUNALE VOOR
HUISVUILVERWIJDERING VOOR BURCHT EN
OMLIGGENDE GEMEENTEN (IBOGEM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Bouckaert, Nathanaëlle Kiekens,
Stefanie François, Saul Janssens en Hannah Mignolet
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25,
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 maart 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de raad van bestuur van de opdrachthoudende vereniging Intercommunale voor huisvuilverwijdering voor Burcht en omliggende gemeenten (Ibogem) van 29 (lees: 1) februari 2024 om de zes percelen van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Inzameling en verwerking van matrassen op de recyclageparken van IDM, MIWA, IBOGEM, IVM en IVLA’ niet te gunnen aan de bv Matras Recycling EU België.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 april 2024.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Andi Zrza, Matthias Stinissen en Astrid Van Laer, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Saul Janssens en Hannah Mignolet, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De opdrachthoudende vereniging Intercommunale voor huisvuilverwijdering voor Burcht en omliggende gemeenten (verkort: Ibogem) schreef in september 2023 een overheidsopdracht voor diensten uit, voor de inzameling en verwerking van matrassen op de recyclageparken van IDM, MIWA, IVLA, IVM en Ibogem. Ibogem fungeerde daarbij als aankoopcentrale voor de vier andere intercommunale verenigingen.

Het bestek met referte 2023/002 was op deze opdracht van toepassing. Daarin werden de volgende twee gunningscriteria opgenomen: enerzijds, een financieel gunningscriterium (zijnde de prijs), en anderzijds, een kwaliteitscriterium (zijnde de ‘recyclage in procent’). Het tweede criterium verwees naar het percentage gerecycleerde matrassen uit het geheel van de door een inschrijver opgehaalde matrassen.

Op 7 december 2023 besliste de raad van bestuur van Ibogem om deze opdracht stop te zetten, om de volgende reden:

“Voor de aanbesteding van de inzameling van matrassen op de recyclageparken waren verschillende offertes binnengekomen. Bij het vergelijken van de offertes en het toekennen van de scores (volgens de formules van het bestek), werd vastgesteld dat de opgegeven percentages voor de recyclagegraad niet overeenstemmen met de effectieve recyclagecijfers. Na overleg met Valumat (beheersorganisme dat instaat voor de vergoeding van de inzameling) werd beslist om de procedure stop te zetten, het bestek aan te passen en opnieuw aan te besteden.”

3.2. Eind 2023 schrijft Ibogem een nieuwe overheidsopdracht voor diensten uit, met hetzelfde voorwerp, namelijk de inzameling en verwerking van matrassen op de recyclageparken van IDM, MIWA, IVLA, IVM en Ibogem. Dit is de opdracht die het voorwerp vormt van de huidige procedure.

De opdracht is, zoals voorheen, opgesplitst in zes percelen, die betrekking hebben op de respectieve werkgebieden van de onderscheiden intercommunale verenigingen (waarbij er voor IVM een zone Noord en een zone Zuid is).

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

Ze wordt gegund met een openbare procedure.

3.3. Het bestek met referte 2023/007 is van toepassing.

Dit bestek is grotendeels identiek aan het bestek met referte 2023/002. Volgens de hiervoor genoemde beslissing van de raad van bestuur van Ibogem is er wel een wijziging in verband met het door de inschrijvers op te geven recyclagepercentage (zie hierna, overweging 3.3.2, *in fine*):

“In het bestek wordt een passage toegevoegd waarbij de recyclagecijfers van het voorgaande jaar moeten opgegeven worden. Dit cijfer is afkomstig van een gevalideerd rapport door een onafhankelijk auditbureau. Het gunningcriterium recyclagepercentage blijft behouden op 60%.”

3.3.1. Punt I.5 van het bestek, ‘Uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie’, bevat bepalingen, onder meer in verband met de kwalitatieve selectie:

“[...]

Het offerteformulier moet vergezeld zijn van volgende stukken:

Juridische situatie van de inschrijver (uitsluitingsgronden)

[...]

Economische en financiële draagkracht van de inschrijver (selectiecriteria)

Het UEA, waarmee de ondernemer verklaart dat hij voldoet aan de onderstaande selectiecriteria:

Nr.	Selectiecriteria	Minimumvereisten
1	Een passende bankverklaring opgesteld overeenkomstig het model vervat in bijlage 11 van het KB van 18 april 2017.	-
2	Een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de ondernemer met zijn bedrijvigheid is begonnen, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn.	-

Deze selectiecriteria gelden voor alle percelen.

Technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver (selectiecriteria)

Het UEA, waarmee de ondernemer verklaart dat hij voldoet aan de onderstaande selectiecriteria:

Nr.	Selectiecriteria	Minimumvereisten
1	Een lijst van de voornaamste diensten die gedurende de laatste drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag, de datum en de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.	/
2	Een verklaring welke de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de dienstverlener voor het verlenen van de opdracht beschikt.	-

Deze selectiecriteria gelden voor alle percelen:

- De minimale jaarlijkse omzet van de onderneming bedraagt: 1.200.000 euro.
- De minimale jaarlijkse omzet gerelateerd aan de activiteiten van ontmanteling en recyclage van afgedankte matrassen bedraagt: 600.000 euro.
- Een bewijs van een verzekering tegen het risico van bedrijfsongevallen: 1.200.000 euro per schadegeval.

De inschrijver garandeert een recyclagepercentage (Zie I. 10 ‘definitie recyclage’) van:

- minstens gemiddeld 50% bij de start van de opdracht;
- minstens gemiddeld 70 % vanaf 2025;
- minstens gemiddeld 85% vanaf 2027.

De inzamelaar en de verwerker dienen een homologatie te hebben van Valumat.”

3.3.2. Onder punt I.10 van het bestek worden de gunningscriteria bepaald. Zoals bij de eerdere opdracht zijn dat de criteria ‘Prijs in euro’ (40 punten) en ‘Recyclage in procent’ (60 punten).

In verband met het tweede gunningscriterium wordt in punt I.10 bepaald dat voor het vaststellen van de score voor elke offerte de regel van drie wordt toegepast, waarbij de score voor elke offerte bestaat in de uitkomst van de volgende formule: (“Recyclage” offerte / “Recyclage” hoogste offerte) * gewicht van het criterium “Recyclage”.

Voor het overige bevat punt I.10 nog de volgende verduidelijkingen in verband met het op te geven recyclagepercentage:

“Definitie recyclage:

Materialendecreet (23 december 2011. - Decreet betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen)

Art. 3, 25°: recyclage: elke nuttige toepassing waardoor afvalstoffen opnieuw worden bewerkt tot producten of stoffen, voor het oorspronkelijke doel of voor een ander doel. Dat omvat het opnieuw bewerken van organisch afval, maar het omvat niet energierugwinning, noch het opnieuw bewerken tot materialen die bestemd zijn om te worden gebruikt als brandstof of als opvulmateriaal.

Meetpunt recyclage

De recyclagegraad wordt gemeten aan het einde van het ontmantelingsproces en wordt berekend op basis van de totale instroom van conform verklaarde matrassen.

Voorbeeld:

Tonnage IN ontmantelingsinstallatie	1.000 ton
Tonnage niet conform (zie III. 3)	50 ton
OUT ontmantelingsinstallatie naar recyclage*	700 ton
Recyclagepercentage = $700 / (1.000 - 50) * 100$	73,68 %

[...]

De inschrijver legt het bewijs voor van het behaalde recyclagepercentage in het afgelopen jaar, vastgesteld door een door Valumat aangestelde externe partij. Dit percentage wordt door de inschrijver gebruikt als waarde voor het gunningcriterium ‘recyclage in procent’.”

3.4. Valumat, waarnaar in de punten I.5 en I.10 van het bestek verwezen wordt, is een vereniging zonder winstoogmerk, opgericht door een aantal matrasproducenten en beroepsverenigingen die ondernemingen uit de betrokken sectoren groeperen. Op haar website omschrijft zij zich als een “beheersorganisme voor de uitgebreide producentenverantwoordelijkheid van afgedankte matrassen, opgericht en gefinancierd door de sector, met als missie om alle afgedankte matrassen (kost)efficiënt in te zamelen en duurzaam te verwerken”. Zij verklaart “de vrije markt [te laten] spelen”, en “voor het ophalen en verwerken van afgedankte matrassen samen [te werken] met ophalers en verwerkers”.

3.5. De verzoekende partij dient op 19 januari 2024 voor elk van de zes percelen een offerte in.

Zij voegt bij haar offerte een attest van Valumat waaruit blijkt dat zij in het jaar 2022 een recyclagepercentage van 63 % heeft behaald.

In haar offerte geeft de verzoekende partij daarbij de volgende toelichting:

“Momenteel is het op onze eigen massabalans gebaseerde recyclagepercentage 87,5 %. Door de innovatieve ontwikkelingen zal dit percentage verder stijgen in de komende jaren.

Belangrijke toelichting recyclagepercentage

U heeft ons gevraagd om het door Valumat gerapporteerde recyclagepercentage te hanteren bij de inschrijving. Wij hebben daar grote moeite mee omdat in dit percentage geen rekening wordt gehouden met de beginvoorraad van het jaar en de eindvoorraad van hetzelfde jaar.

Alleen door de voorraad mee te nemen in de berekening kan worden berekend wat het werkelijke recyclagepercentage is geweest. Als de voorraad niet wordt meegenomen en de ene recycler heeft in dat jaar (niet recycleerbare) voorraad opgebouwd en de andere recycler heeft juist extra voorraad afgevoerd dan ontstaat alleen door die twee verschillende acties een significant verschil in de recyclagepercentages. In de ontvangen rapportage van Valumat wordt ook het percentage vermeld waarbij (alleen) de eindvoorraad is meegenomen. Dat percentage is 11,3 % hoger dan het

percentage in het attest! Het is dus appels met peren vergelijken en wij vinden dat geen goede basis voor een beoordeling die 60 % meeweegt in de gunning, want een dergelijk verschil is met prijs nooit meer goed te maken (€ 10 tot € 15 per ton per procent verschil), los ervan dat het niet eerlijk is. Daarnaast betreffen de cijfers van Valumat het jaar 2022. Dat is vanaf heden gemiddeld 1,5 jaar geleden. Indien in die periode is geïnvesteerd in nieuwe technieken of betere afzetkanalen, kan het recyclagepercentage nu beduidend beter zijn dan het percentage van 2022. Het is niet fair om een recycler dan te beoordelen op de prestaties van het verleden terwijl de huidige prestaties al veel beter zijn.

Wij zijn heel graag bereid om ons standpunt toe te lichten en inzage te geven in de rekenmethode van Valumat die zo afwijkt van hetgeen in de afvalbranche met massabalansen gebruikelijk is en ook niet meer dan logisch is.”

3.6. Het verslag van nazicht van de offertes is gedateerd op 22 januari 2024.

Volgens het verslag moeten alle inschrijvers geselecteerd worden, en zijn alle offertes regelmatig.

Voor elk van de zes percelen is het de nv Renewi die op basis van haar recyclagepercentage in het jaar 2022, op het gunningscriterium ‘Recyclage in procent’ telkens de maximumscore van 60/60 behaalt. De verzoekende partij behaalt, op basis van haar recyclagepercentage van 63 %, telkens een score van 51,1/60.

Mede in acht genomen haar scores op het gunningscriterium ‘Prijs’ wordt de verzoekende partij voor geen enkel van de zes percelen in de eindrangschikking als eerste gerangschikt. Voor de percelen 2 tot 6 wordt de nv Renewi als eerste gerangschikt; voor perceel 1 is dat de nv Stuer Container-dienst.

3.7. Op 1 februari 2024 beslist de raad van bestuur van Ibogem om, in overeenstemming met het verslag van nazicht, perceel 1 te gunnen aan de nv Stuer Containerdienst en de percelen 2 tot 6 aan de nv Renewi.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekend schrijven van 1 maart 2024 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van het verslag van nazicht.

3.8. Voordat de verzoekende partij effectief kennisneemt van dat schrijven, zijn er contacten tussen haar en Ibogem.

In een e-mailbericht van 4 maart 2024 schrijft Ibogem, als antwoord op een telefonische mededeling van de verzoekende partij:

“In bijlage het verslag van nazicht van de matrassen.
Ik heb een simulatie gemaakt en jullie percentage op 74 % gezet (cfr die 11 % waarvan jij sprak), dat van Renewi [...] is [...] %.
Perceel 4-5-6 zou dan hypothetisch naar jullie kunnen komen.
Maar dan moet Valumat hun opmaak van attesten aanpassen en moet de ganse aanbesteding overgedaan worden. Ik acht de kans dat dat zal gedaan worden eerder klein omdat het aantonen van de foute berekening van de attesten op zich los staat van de voorwaarde van het geven van een attest dat voor iedereen gelijkaardig is.”

Met een e-mailbericht van 5 maart 2024 reageert de verzoekende partij als volgt:

“Bedankt voor het verslag!
Wij hebben blijkbaar de beste prijs voor de laatste 3 percelen, die we nu ook bedienen. Het recyclagepercentage heeft dus een hele grote stempel gedrukt op de totale uitkomst...”

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. 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’, 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.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, 71 en 81, § 1 tot § 3, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) *juncto* de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het zorgvuldigheidsbeginsel, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden

“Doordat verwerende partij voor de beoordeling van het gunningscriterium ‘recyclage in procent’ het behaalde recyclagepercentage in 2022 als intrinsieke waarde neemt (zoals vastgesteld door een externe partij), en dit eerder behaalde recyclagepercentage geen uitstaans heeft met de intrinsieke kwaliteit van de aangeboden economische oplossing van een bepaalde inschrijver voor de uitvoering van de opdracht, maar louter peilt naar de in het verleden behaalde capaciteit van deze inschrijver over een welbepaalde periode;

Terwijl krachtens artikel 81, § 2, van de Wet Overheidsopdrachten gunningscriteria zo moeten worden geformuleerd dat zij de aanbesteder toelaten om de economisch meest voordelige offerte te bepalen;

De invulling door verwerende partij van het criterium ‘recyclage in procent’ maakt dat verwerende partij met dit criterium echter niet de intrinsieke waarden van de verschillende offertes vergelijkt met elkaar, maar louter en alleen de technische bekwaamheid van de deelnemende markspelers tegen elkaar afzet. Overeenkomstig artikel 71 van de Wet Overheidsopdrachten wordt de technische en/of beroepsbekwaamheid van een inschrijver echter beoordeeld in het kader van de kwalitatieve selectie (en aldus niet in de gunningsfase). Dit leidt ertoe dat het gunningscriterium ‘recyclage in procent’ op onwettige wijze is geformuleerd (*eerste middelonderdeel*);

En doordat de berekeningsmethode die Valumat, c.q. verwerende partij, hanteert om tot een recyclagepercentage te komen abstractie maakt van bepaalde relevante parameters (i.e. de begin- en eindvoorraad van afgedankte matrassen en reeds ontmantelde materialen in stock), waardoor op basis van deze formule niet het werkelijk recyclagepercentage van een inzamelaar of ontmantelaar wordt berekend over een bepaalde periode, maar wel een fictief percentage dat voor elke inschrijver inherent verschillend is. Aangezien aan bepaalde inschrijvers door deze berekeningsmethode *ab initio* een ongerechtvaardigd voordeel wordt toegekend, werd het gelijk speelveld tussen de inschrijvers manifest

verstoord. Bovendien wijkt de door Valumat, c.q. verwerende partij gehanteerde berekeningsmethode af van hetgeen in het Bestek is voorgeschreven;

Terwijl verwerende partij op grond van de artikelen 4 en 81, § 3, van de Wet Overheidsopdrachten gunningscriteria moet hanteren die een daadwerkelijke mededinging tussen de inschrijvers mogelijk maken en die tevens de gelijke behandeling van inschrijvers waarborgen. Door voor de beoordeling van de offertes rekening te houden met het recyclagepercentage door Valumat berekend volgens deze inherent discriminatoire formule – in afwijking van de eigen berekeningsmethode opgenomen in het Bestek –, bestaat er bovendien geen enkele garantie dat verwerende partij de Opdracht voor al haar percelen telkens heeft gegund aan de economisch meest voordelige offerte, in strijd met artikel 81, § 1, van de Wet Overheidsopdrachten (*tweede middelonderdeel*).

Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden.”

6.1.1. In verband met het *eerste onderdeel* werpt de verwerende partij in de eerste plaats op dat de verzoekende partij niet zorgvuldig heeft gehandeld, of minstens geen blijk heeft gegeven van de nodige diligentie, “door niet onmiddellijk (of minstens tijdig) bezwaar te maken tegen het gunningscriterium, en vervolgens pas bij de niet-gunning van de opdracht een gunningscriterium aan te vechten”. Volgens de verwerende partij heeft de verzoekende partij aldus geen (wettig) belang bij het onderdeel.

6.1.2. Ten gronde wijst de verwerende partij in de eerste plaats op het feit dat, alhoewel het bestek in verband met de recyclagepercentages zowel een selectiecriterium (punt I.5) als een gunningscriterium (punt I.10) bevat, beide criteria een volstrekt verschillende finaliteit hebben. Het selectiecriterium beoogt te garanderen dat de inschrijvers de recyclagedoelstellingen behalen zoals die aan hen zijn opgelegd bij de samenwerkingsovereenkomsten die Valumat op een identieke wijze met alle ontmantelaars heeft gesloten. Het gunningscriterium in verband met het recyclagepercentage verwijst daarentegen op een objectieve wijze naar de inspanningen die de inschrijvers in 2022 op het vlak van de duurzame recyclage van matrassen hebben geleverd. Het is logisch dat de verwerende partij “de offertes onder meer wenst te vergelijken op [het] vlak van de behaalde hoeveelheid gerecycleerde matrassen, aangezien dit vanzelfsprekend bijdraagt aan de kwaliteit van de offertes”.

Vervolgens herinnert de verwerende partij eraan dat zij over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid beschikt voor het vaststellen van de gunningscriteria. Zij voert aan dat het gunningscriterium ‘recyclage in procent’ inherent verbonden is met het voorwerp van de opdracht. Aangezien het recyclagepercentage de hoeveelheid matrassen weergeeft die werden ontmanteld en het vervolgens deze componenten zijn die gerecycleerd konden worden, is het een indicatie van de kwaliteit van de offerte: “Hoe performanter de ontmanteling, hoe meer matrascomponenten achteraf gerecycleerd kunnen worden en net dat bepaalt uitermate de intrinsieke kwaliteit van de offerte voor deze Opdracht.” De inhoudelijke verschillen in recyclagepercentage hebben ook geleid tot een verschil in quotering. Anders dan de verzoekende partij betoogt, beoordeelt het gunningscriterium wel degelijk de intrinsieke kwaliteit van de offerte, en niet de technische bekwaamheid van de inschrijvers.

Uit de stopzetting van de initiële plaatsingsprocedure blijkt dat dit gunningscriterium door de verwerende partij net werd gekozen om een objectieve vergelijking tussen de offertes mogelijk te maken. In de initiële plaatsingsprocedure werd niet vereist dat de inschrijvers een attestering van Valumat zouden bijvoegen. Dit heeft ertoe geleid dat de inschrijvers door henzelf berekende recyclagepercentages opgaven, die sterk verschilden van de geattesteerde percentages. Daardoor kon de verwerende partij niet garanderen dat uit de vergelijking van de offertes de economisch meest voordelige offerte werd bepaald. Om een daadwerkelijke vergelijking te kunnen maken, diende de verwerende partij te beschikken over een gunningscriterium dat door elke inschrijver op dezelfde wijze zou worden geïnterpreteerd. Dat is het geval voor de objectief vastgestelde recyclagepercentages, geattesteerd door Valumat.

Ten overvloede verwijst de verwerende partij naar artikel 55 van de wet overheidsopdrachten 2016. Die bepaling voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid voor aanbesteders om als bewijs van overeenstemming met de gunningscriteria te eisen dat ondernemers een testverslag of certificaat van een conformiteitsbeoordelingsinstantie verstrekken. De attestering door Valumat waarborgt aldus de gelijkheid tussen de inschrijvers.

6.2.1. Ook in verband met het *tweede onderdeel* werpt de verwerende partij een exceptie van onontvankelijkheid op, afgeleid uit het ontbreken van een belang bij dat onderdeel.

In de eerste plaats herhaalt zij dat de verzoekende partij haar kritiek op de berekeningsmethode voor het gunningscriterium ‘recyclage in procent’ niet onmiddellijk en schriftelijk aan de verwerende partij heeft overgemaakt.

Vervolgens voert de verwerende partij aan dat het belang van de verzoekende partij bij het tweede onderdeel louter hypothetisch is. “De verzoekende partij maakt immers op geen enkele wijze aannemelijk dat zij door het hanteren van een andere berekeningsmethode gunstiger gerangschikt zou zijn dan de andere inschrijvers.”

6.2.2. Ten gronde antwoordt de verwerende partij dat het onderdeel steunt op onjuiste premisses.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de methode van Valumat voor de berekening van het recyclagepercentage niet zou overeenstemmen met de berekeningsmethode zoals opgenomen in het bestek, antwoordt de verwerende partij dat de omschrijving van het “meetpunt recyclage” in punt I.10 van het bestek identiek is aan de berekeningsmethode zoals die overeengekomen is in de samenwerkingsovereenkomsten tussen Valumat en haar ontmantelaars, waaronder de verzoekende partij. Weliswaar geeft de verzoekende partij een eigen, selectieve interpretatie van de berekeningsmethode, maar die interpretatie kan op geen enkele manier afbreuk doen aan de vaststelling dat de berekeningsmethode van het bestek identiek is aan die welke gehanteerd wordt door Valumat.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat zij in het kader van de selectie een recyclagepercentage van 87,5 % heeft opgegeven, dat dit percentage door de verwerende partij werd aanvaard, en dat dit percentage ook doorgetrokken zou moeten worden naar het gunningscriterium, zaait zij volgens de

verwerende partij verwarring. Het selectie criterium en het gunningscriterium hebben immers een verschillende finaliteit en zijn ook verschillend omschreven.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de berekeningsmethode zoals opgenomen in het bestek een ongelijkheid of een ongelijk speelveld creëert, benadrukt de verwerende partij dat ten aanzien van alle inschrijvers eenzelfde gunningscriterium geldt en dat het recyclagepercentage voor alle inschrijvers op dezelfde wijze berekend wordt. Ten overvloede merkt de verwerende partij op dat de door de verzoekende partij voorgestelde berekeningsmethode, waarbij de begin- en eindvoorraden in haar berekeningen worden opgenomen, een ongelijkheid creëert. Deze begin- en eindvoorraden worden namelijk op geen enkele wijze geverifieerd door Valumat, waardoor de verwerende partij deze gegevens niet objectief kan verifiëren.

Beoordeling

7. De twee onderdelen kunnen samen behandeld worden.

Ontvankelijkheid van de onderdelen van het middel

8. De verwerende partij werpt in de eerste plaats op, in verband met de twee onderdelen, dat de verzoekende partij onzorgvuldig gehandeld heeft, of minstens blijk gegeven heeft van een gebrek aan diligentie, door niet onmiddellijk bezwaar gemaakt te hebben tegen het gunningscriterium inzake het recyclagepercentage.

Zoals de verwerende partij zelf erkent, heeft de Raad van State overwogen, onder meer in zijn arrest nr. 152.173 van 2 december 2005, *nv Labonorm*, dat de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de beslissing waarbij het bestek wordt vastgesteld, niet wegneemt dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een bestekbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure. Het onontvankelijk verklaren van een middel gericht tegen een bestekbepaling, op grond dat de verzoekende partij heeft nagelaten tijdig wettigheidsbezwaren tegen

die bepaling aan te voeren, zou naar het voorlopig oordeel van de Raad van State een buitensporige inmenging vormen in het recht van de verzoekende partij om de rechtsmiddelen aan te wenden die haar ter beschikking staan.

Op het eerste gezicht blijkt niet dat het Hof van Justitie van de Europese Unie een andere opvatting erop nahoudt. In het door de verwerende partij ingeroepen arrest van 12 maart 2015 in de zaak C-538/13, eVigilo, oordeelde het Hof immers dat “[a]rtikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, en de artikelen 2, 44, lid 1, en 53, lid 1, onder a), van richtlijn 2004/18 [...] aldus [moeten] worden uitgelegd dat een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver die de aanbestedings-voorwaarden pas kon begrijpen toen de aanbestedende dienst, na beoordeling van de inschrijvingen, volledige informatie over de motivering van zijn besluit verstrekte, het recht moet hebben om na het verstrijken van de in het nationale recht gestelde termijn een beroep betreffende de wettigheid van de aanbesteding in te stellen” en dat “[d]at recht van beroep kan worden uitgeoefend tot het verstrijken van de termijn voor beroep tegen het besluit tot gunning van de opdracht”. Aldus verplicht het Hof van Justitie de inschrijvers *prima facie* niet tot het onverwijld aanwenden van een rechtsmiddel tegen een vermeend onwettige bestekbepaling en sluit het evenmin uit dat zulke onwettigheden nog nadien worden ingeroepen tegen de eindbeslissing.

Zoals de verzoekende partij ter terechtzitting bovendien terecht opmerkt, heeft zij reeds in haar offerte haar bezwaren tegen de toepassing van de bekritiseerde bestekbepaling bekendgemaakt (zie overweging 3.5, hiervoor).

De exceptie is niet ernstig.

9. In verband met het tweede onderdeel van het middel werpt de verwerende partij op dat het belang van de verzoekende partij bij dat onderdeel louter hypothetisch zou zijn.

De exceptie heeft betrekking op de kritiek van de verzoekende partij op de wettigheid van punt I.10 van het bestek, meer bepaald op haar kritiek op de berekeningsmethode die aan het gunningscriterium inzake het

recyclagepercentage ten grondslag ligt. Die methode heeft tot gevolg dat de verzoekende partij op het bedoelde criterium een score behaald heeft die lager is dan die welke zij met een andere methode had kunnen behalen. Rekening houdend met het recyclagepercentage opgegeven door de inschrijver die werd gekozen voor vijf van de zes percelen, overeenkomstig het certificaat afgegeven door Valumat, enerzijds, en met het door de verzoekende partij zelf berekende percentage, anderzijds, heeft de verwerende partij erkend dat de verzoekende partij als eerste gerangschikt zou zijn voor de percelen 4, 5 en 6 (zie overweging 3.8, hiervoor). Er kan niet uitgesloten worden dat, indien alle inschrijvers een andere berekeningsmethode zouden moeten volgen dan die welke in het bestek is bepaald, het resultaat ook voor de andere percelen anders zou zijn.

Ongeacht het puntenverschil in de eindrangschikking tussen de verzoekende partij en de respectieve gekozen inschrijvers, lijkt de verzoekende partij aldus wel degelijk een reëel belang te hebben bij haar grief.

De exceptie is niet ernstig.

Ernst van het middel

10. Overeenkomstig artikel 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 baseert de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige offerte. Volgens artikel 81, § 2, van dezelfde wet kan de economisch meest voordelige offerte vastgesteld worden, zoals te dezen, “rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding die bepaald wordt op basis van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht” (artikel 81, § 2, eerste lid, 3°). De aldus bepaalde criteria mogen er niet toe leiden dat de aanbestedende overheid onbeperkte keuzevrijheid heeft (artikel 81, § 3, tweede lid).

Voor de overheidsopdrachten die, zoals te dezen, gelijk zijn aan of hoger dan de voor de Europese bekendmaking bepaalde bedragen, specificeert de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 81, § 4, eerste lid, in de opdrachtdocumenten het relatieve gewicht dat zij voor de bepaling van de

economisch meest voordelige offerte aan elk van de gekozen criteria toekent, behalve wanneer dit uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald.

Het is binnen deze ruime perken dat de aanbestedende overheid mag kiezen welke gunningscriteria, met welk relatief gewicht, zij zal hanteren bij de beoordeling van de offertes om te bepalen welke volgens haar de economisch meest voordelige offerte is.

In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheids-toezicht mag de Raad van State de in de opdrachtdocumenten gehanteerde criteria desgevraagd wel op hun rechtmatigheid toetsen, meer bepaald nagaan of ze wel het rechtens vereiste verband met het voorwerp van de opdracht vertonen, en of ze het bepalen van de economisch meest voordelige offerte wel mogelijk maken.

11. Wat het recyclagepercentage als gunningscriterium betreft, moeten de inschrijvers het bewijs voorleggen van het recyclagepercentage dat zij behaald hebben in het afgelopen jaar (2022). Dit percentage wordt vastgesteld door een externe auditor, aangesteld door Valumat. Vervolgens leidt dit percentage voor een bepaalde score voor elke offerte, berekend aan de hand van de regel van drie.

Terecht verklaart de verwerende partij dat de intrinsieke kwaliteit van de offertes, in het licht van het voorwerp van de opdracht, inherent verbonden is aan de hoeveelheid matrassen die door de inschrijvers kunnen worden ontmanteld en vervolgens gerecycleerd. Een gunningscriterium inzake het recyclagepercentage lijkt aldus verband te houden met het voorwerp van de opdracht, en dus relevant te zijn.

De omstandigheid dat het recyclagepercentage ook betrekking heeft op de technische of beroepsbekwaamheid van de inschrijvers lijkt zich als zodanig niet te verzetten tegen het hanteren van datzelfde criterium als gunningscriterium. Wel moet het dan gaan om criteria met een verschillende finaliteit. Voor de selectie moet het criterium zo worden bepaald dat het recyclagepercentage het mogelijk maakt de geschiktheid van de inschrijver na te gaan. Voor de vergelijking van de offertes, dus als gunningscriterium, moet het

criterium zo worden bepaald dat het recyclagepercentage het mogelijk maakt om de intrinsieke waarde van de offertes na te gaan. Het recyclagepercentage als gunningscriterium moet het meer bepaald mogelijk maken om te beoordelen in welke mate de inschrijvers een offerte aanbieden waarmee meer dan het minimaal te behalen recyclagepercentage bereikt kan worden.

12. Te dezen doet het middel in het bijzonder de vraag rijzen of de concrete invulling van het gunningscriterium inzake het recyclagepercentage het mogelijk maakt om de economisch meest voordelige offerte aan te wijzen.

12.1. Zoals het criterium is omschreven, heeft een inschrijver geen enkele invloed op de berekening van het percentage. Het percentage betreft geen werkelijk ‘aanbod’ vanwege de inschrijver. Het geeft enkel weer welke capaciteit Valumat voor het jaar 2022 voor de betrokken inschrijver heeft geattesteerd. Zoals de verzoekende partij terecht opmerkt, houdt het geen rekening met mogelijke ontwikkelingen die zich sindsdien hebben voorgedaan of die de inschrijver in het vooruitzicht stelt.

Weliswaar zijn de aldus geattesteerde gegevens objectief, zijn ze voor elke inschrijver op dezelfde wijze vastgesteld, en leveren ze door de toepassing van de in het bestek bepaalde regel van drie voor elk van de onderscheiden inschrijvers een verschillende score op. Die kenmerken lijken echter niet op te wegen tegen het feit dat, zoals het gunningscriterium in het bestek is omschreven, de verwerende partij daarmee enkel kan achterhalen in hoeverre de inschrijvers in het verleden, meer bepaald in 2022, afgedankte matrassen hebben ingezameld en gerecycleerd. Ook de door de inschrijvers geleverde inspanningen op het vlak van de recyclage van matrassen, waarin de verwerende partij een inzicht beoogt te verwerven, zijn beperkt tot de inspanningen die zij tot 2022 hebben geleverd. Mogelijke innovatieve ontwikkelingen van latere datum, ten gevolge van bijvoorbeeld nieuwe technieken of het vinden van betere afzetkanalen, lijken niet in aanmerking te worden genomen om de intrinsieke kwaliteit van de offerte te meten.

12.2. De verzoekende partij lijkt bovendien terecht aan te voeren dat de door Valumat gehanteerde berekeningswijze, die ook in het bestek gevolgd

wordt, bepaalde relevante parameters, zoals de voorraden, buiten beschouwing laat. Met name lijkt geen rekening te worden gehouden met de voorraad aan opgehaalde matrassen die bij het begin van het jaar reeds aanwezig is en die in de loop van het jaar verwerkt wordt, noch met de voorraad aan componenten van ontmantelde matrassen die aan het einde van het jaar beschikbaar is, maar op dat ogenblik nog niet is afgevoerd naar afnemers.

Met de verzoekende partij wordt voorshands aangenomen dat de berekeningswijze die in het bestek wordt gehanteerd, op basis van, enerzijds, de enkele instroom van afgedankte matrassen binnen een bepaald jaar, en anderzijds, de afvoer binnen hetzelfde jaar van gerecycleerde componenten naar afnemers, met het oog op het hergebruik ervan, een fictief recyclagepercentage oplevert dat niet het werkelijke percentage van gerecycleerde producten uit de opgehaalde matrassen weergeeft.

13. Het is te dezen niet nodig om na te gaan wat geacht zou kunnen worden het werkelijke recyclagepercentage van de verzoekende partij te zijn, op het ogenblik dat zij haar offerte indiende.

Het voorgaande lijkt immers reeds voldoende om *prima facie* te besluiten dat de verwerende partij, door het recyclagepercentage uitsluitend te laten afhangen van het attest dat door Valumat voor het jaar 2022 is opgemaakt, conform de door haar gevolgde berekeningswijze, een gunningscriterium heeft gehanteerd dat onvoldoende representatief lijkt om te kunnen bepalen welke van de ingediende offertes de economisch meest voordelige is.

14. In zoverre in het middel de schending wordt aangevoerd van artikel 81, §§ 1 en 2, van de wet overheidsopdrachten 2016, is het ernstig.

Het is niet nodig om op de andere grieven van het middel in te gaan.

VI. Besluit

15. Het enig middel is in de besproken mate ernstig gebleken. De

vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

VII. Kosten

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

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de raad van bestuur van de opdrachthoudende vereniging Intercommunale voor huisvuilverwijdering voor Burcht en omliggende gemeenten (Ibogem) van 1 februari 2024 waarbij perceel 1 van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Inzameling en verwerking van matrassen op de recyclageparken van IDM, MIWA, IBOGEM, IVM en IVLA’ wordt gegund aan de nv Stuer Containerdienst, en de percelen 2 tot 6 aan de nv Renewi.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negentien april tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens