

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 236.968 van 6 januari 2017
in de zaak A. 220.933/XII-8272**

In zake: 1. de NV RECUTEX
2. de BVBA VLAAMS INZAMEL CENTRUM TEXTIEL (VICT)
3. de BVBA VICTRANS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE DILBEEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Frederick Ongena
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de VZW TELEVIL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pascal Lahousse
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Leopoldstraat 64
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 december 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “Het besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Dilbeek dd. 23 mei 2016 waarbij beslist wordt om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten met als voorwerp de tweemaandelijke inzameling aan huis van textielafval en waarbij drie sociale organisaties zullen uitgenodigd worden om een offerte in te dienen (Televil vzw, Wereldmissiehulp vzw en Spullenhuip vzw)”;
- “Het besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Dilbeek dd. 27 juni 2016 waarbij beslist wordt om de lastvoorwaarden opgenomen in een bestek nr. 201077, de raming en de gunningswijze van de opdracht ‘Inzameling aan huis van textielafval 2017/2018’, met name de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, goed te keuren, deze gunningsprocedure op te starten, en drie sociale organisaties uit te nodigen om een offerte in te dienen (Televil vzw, Wereldmissiehulp vzw en Spullenhulp vzw), en de besteksbepalingen”;
- “Het besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Dilbeek dd. 12 september 2016 waarbij beslist wordt om de overheidsopdracht ‘Inzameling aan huis van textielafval 2017-2018’ te gunnen aan Televil vzw en dit volgens de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 21 december 2016 heeft de nv Televil gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 december 2016, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten Frederick Ongena en Fabian Swennen, *loco* advocaat Gitte Laenen, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Pascal Lahousse, die verschijnt 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 bvba Vlaams Inzamel Centrum Textiel (VICT) (tweede verzoekende partij) heeft op het grondgebied van de gemeente Dilbeek dertien containers die zij gebruikt om textielafval in te zamelen.

Met een brief van 7 november 2016 brengt de verwerende partij de bvba VICT ervan op de hoogte dat het college van burgemeester en schepenen op 23 mei 2016 heeft beslist om de inzameling van textielafval via containers stop te zetten. De verwerende partij verzoekt de bvba VICT om haar textielcontainers weg te halen.

3.2. Met een aangetekende brief van 15 november 2016 vraagt de advocaat van de bvba VICT om de beslissing van 23 mei 2016 te mogen ontvangen. Voorts vraagt zij om inlichtingen over hoe de verwerende partij de inzameling van textielafval in de toekomst zal organiseren en zij neemt aan dat de verwerende partij daartoe een overheidsopdracht zal uitschrijven.

3.3. Met een op 25 november 2016 aangetekend verzonden brief bevestigt de verwerende partij dat zij een overheidsopdracht heeft uitgeschreven en een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking heeft gevoerd. Vervolgens heeft zij op 12 september 2016 naar eigen zeggen “een sociale werkplaats aangesteld voor de inzameling aan huis van textielafval in 2017”. Bij dit schrijven worden afschriften gevoegd van de beslissingen van het college van burgemeester en schepenen van 23 mei 2016 en 12 september 2016. Het betreft de eerste en de derde bestreden beslissing.

Met de beslissing van 23 mei 2016, de eerste bestreden beslissing, had het college van burgemeester en schepenen beslist om de

textielaafvalcontainers op het grondgebied van de gemeente Dilbeek te laten weghalen en om in 2017 te starten met een tweemaandelijks inzameling aan huis van textielaafval na het voeren van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met drie sociale organisaties, namelijk de vzw Televil, de vzw Wereldmissiehulp en de vzw Spullenhulp.

Met de beslissing van 12 september 2016, de derde bestreden beslissing, had het college van burgemeester en schepenen beslist om een gunningsverslag van 1 september 2016 goed te keuren en de opdracht te gunnen aan “de enige bieder”, de vzw Televil.

Uit deze beslissing van 12 september 2016 blijkt dat het college van burgemeester en schepenen op 27 juni 2016 heeft beslist om “de lastvoorwaarden, de raming en de gunningswijze” van de betrokken overheidsopdracht goed te keuren. Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.4. Met een op 1 december 2016 aangetekend verzonden brief betwist de advocaat van de bvba VICT de wettigheid van de door de verwerende partij gevolgde handelwijze en onder meer van de gunning van de overheidsopdracht aan de vzw Televil. Zij vraagt om de drie thans bestreden beslissingen in te trekken.

3.5. Met een brief van 7 december 2016 blijft de verwerende partij bij haar standpunt.

3.6. Op 12 december 2016 dienen de verzoekende partijen de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Tussenkomen

4. De vzw Televil heeft een stuk ingediend dat zij “nota tussenkomende partij” noemt. Dit stuk lijkt te mogen worden beschouwd als een

verzoekschrift tot tussenkomst. De vzw Televil is de begunstigde van de derde bestreden beslissing en heeft er dan ook belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd. Het door de vzw Televil verschuldigde rolrecht werd betaald.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5.1. Met een e-mailbericht van 23 december 2016 worden door de verzoekende partijen een twaalf bladzijden tellende “nota” met een aanvulling van hun tweede middel en met aanvullende stukken aan de Raad van State bezorgd.

5.2. Met een e-mailbericht van 25 december 2016 laat de verwerende partij een zestien bladzijden tellende “bijkomende nota met opmerkingen” aan de Raad van State toekomen.

In dit stuk betwist de verwerende partij in de eerste plaats de ontvankelijkheid van de voormelde “nota” van 23 december 2016 van de verzoekende partijen. Zij wijst erop dat het mondelinge debat op de terechtzitting de enige mogelijkheid is die de procedure de verzoekende partijen biedt om te repliceren op de nota met opmerkingen van de verwerende partij, er is immers geen mogelijkheid tot schriftelijke repliek.

5.3. De procedureregelingen voorzien niet in de mogelijkheid voor de verzoekende partijen om na het verzoekschrift nog een bijkomend processtuk in te dienen. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* wat de “bijkomende nota met opmerkingen” van de verwerende partij betreft.

Er is echter geen reden om deze stukken altijd uit het debat te weren. Aldus zal hierna in beperkte mate rekening worden gehouden met de inhoud ervan. Het lijkt namelijk dat een snel en *prima facie* onderzoek van de inhoud van de nota's mogelijk was voor het Auditoraat en de partijen ter terechtzitting ook geen moeite leken te hebben met het bespreken van de inhoud

van deze stukken.

Daarnaast kan worden opgemerkt dat waar de verwerende partij doet gelden dat de nota van de verzoekende partijen uit het debat dient te worden geweerd wegens schending van “de in artikel 6 EVRM verankerde waarborg op het recht van verdediging” – *prima facie* niet van toepassing op huidige niet-strafrechtelijke procedure, zij dit betoog echter vervolgens zelf in aanzienlijke mate ontkracht door een “bijkomende nota met opmerkingen” van zestien bladzijden in te dienen waarin zij een op het eerste gezicht niet onnuttige uitvoerige repliek biedt op het betoog in de nota van de verzoekende partijen.

De ontvankelijkheid van de aanvulling zelf van het tweede middel zal bij het onderzoek van dat middel worden besproken.

VI. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

6.1. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering en werpt daartoe een overheen vijf bladzijden uitgewerkte exceptie op inzake het belang van de verzoekende partijen. Deze exceptie laat zich als volgt samenvatten.

De verwerende partij verwijst naar de artikelen 14 en 15 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 17 juni 2013) en doet gelden dat de verzoekende partijen elke kans ontberen om de opdracht te kunnen krijgen. Zij zijn immers niet uitgenodigd om een offerte in te dienen. Bovendien strijdt het voorwerp van de opdracht — inzameling aan huis van textielafval — met het doel waartoe de verzoekende partijen zijn opgericht namelijk inzameling via containers, dan wel vervoer en verwerking van dat textielafval. De verwerende partij verwijst in dat verband naar de uiteenzetting in het verzoekschrift over het doel van de

verzoekende partijen en naar de website van de tweede verzoekende partij bvba VICT.

De verzoekende partijen bieden voorts een oplossing aan die in strijd is met het kader waarbinnen de verwerende partij de opdracht wil gunnen: een duurzame textielkringloop met lokaal hergebruik, en inzameling via huis-aan-huisophaling. De verzoekende partijen voorzien in ophaling via containers, zonder huis-aan-huisophaling en zonder lokaal hergebruik van het textielafval.

De verzoekende partijen betwisten het voorwerp van de opdracht niet en stellen de inzameling via huis-aan-huisophaling niet in vraag.

Ten slotte wijst de verwerende partij nog op de rechtsvorm die de verzoekende partijen hebben aangenomen, namelijk die van de handelsvennootschappen met winstoogmerk nv en bvba. De verwerende partij wil de opdracht aan het commerciële verkeer onttrekken en besliste daarom om enkel vzw's aan te schrijven. Deze zijn fundamenteel anders gestructureerd en hebben een andere finaliteit dan de verzoekende partijen.

Indien voor het realiseren van de voormelde doelstellingen enkel vzw's zullen worden aangeschreven, zullen de verzoekende partijen nooit kans maken op uitvoering van de opdracht. Ook deze beleidskeuze wordt door de verzoekende partijen niet betwist.

6.2. De tussenkomende partij treedt in essentie de exceptie van de verwerende partij bij in haar “nota”.

Beoordeling

7.1. Het past om in de eerste plaats in herinnering te brengen dat het Auditoraat en de Raad van State in een kort geding en *a fortiori* in een kort geding

bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts een beperkt onderzoek kunnen wijden aan ontvankelijkheidsexcepties. Een verzoekende partij kan er zich immers minder behoorlijk tegen in bescherming nemen dan in de procedure ten gronde. Daarom past het dat een dergelijke exceptie in een kort geding eerder wordt verworpen dan aanvaard, tenzij indien een beperkt onderzoek zou uitwijzen dat deze reeds *prima facie* een hoge graad van ernst vertoont.

7.2.1. Krachtens de artikelen 14 en 15 van de voormelde wet van 17 juni 2013 kan de verhaalinstantie – te dezen de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak – op verzoek van “elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld”, de beslissingen van aanbestedende instanties vernietigen of de uitvoering ervan schorsen.

Het begrip “persoon die een belang heeft of heeft gehad”, dient volgens de wetgever zeer ruim te worden opgevat, dit om moeilijkheden te vermijden die zouden kunnen voortvloeien uit een strikte toepassing van het begrip “belang”. In de parlementaire voorbereiding heeft de wetgever onder meer uitdrukkelijk overwogen dat dit begrip niet zo mag worden geïnterpreteerd in die zin dat het de toegang tot de verhaalinstantie zou ontzeggen aan personen die niet zouden zijn gecontacteerd of geïnformeerd over het bestaan van een gunningsprocedure.

7.2.2. Bij het aanvechten van beslissingen inzake overheidsopdrachten gaat het er wezenlijk om dat de verzoekende partij de overheidsopdracht zelf gegund wil krijgen. Dit dient het primordiaal oogmerk van haar vordering te zijn. In beginsel heeft een verzoekende partij die niet zelf aan de gunningsprocedure heeft deelgenomen dan ook geen belang bij het beroep tegen een beslissing die met het oog op de gunning van deze opdracht wordt genomen, tenzij onder meer wanneer de gevolgde gunningswijze de verzoekende partij heeft belet een offerte in te dienen, wanneer een gebrek in de bekendmaking wordt aangevoerd of wanneer de verzoekende partij een beroep heeft ingesteld tegen de selectie- of

besteksvoorwaarden die haar verhinderen om deel te nemen aan de opdracht.

7.2.3. Meer in het bijzonder kan erop worden gewezen dat de Raad van State in zijn arrest nr. 235.605 van 9 augustus 2016 ten aanzien van de huidige drie verzoekende partijen reeds heeft aanvaard dat zij “als professionelen die aanvoeren actief te zijn in de textielinzameling- en textielverwerkingssector en zelf geïnteresseerd zijn in de uitvoering van de opdracht” belang hebben bij het bestrijden van een beslissing tot vaststelling van een bestek waardoor zij worden uitgesloten van deelname aan een overheidsopdracht voor het inzamelen van textielafval.

7.3. Aldus is te dezen vereist dat uit de exceptie reeds op het eerste gezicht zou blijken dat de verzoekende partijen in geen enkel denkbaar geval ooit in aanmerking zouden kunnen komen voor gunning van de opdracht. Om de hierna volgende redenen maakt de verwerende partij niet aannemelijk dat dit te dezen het geval zou zijn.

7.3.1. Waar de verwerende partij doet gelden dat de verzoekende partijen geen kans maken omdat zij niet werden uitgenodigd een offerte in te dienen, kan worden verwezen naar het tweede middel, waarin de verzoekende partijen net de rechtsgeldigheid betwisten van het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Hun niet-uitnodiging lijkt immers in essentie te zijn verbonden met het gebruik van deze gunningswijze en de mogelijkheid die zij de aanbestedende overheid biedt om bepaalde inschrijvers al dan niet uit te nodigen. In die mate valt de exceptie samen met het onderzoek van dat middel.

Hetzelfde geldt wat de stelling betreft dat de verzoekende partijen geen kans maken omdat zij niet de rechtsvorm van een vzw hebben en als handelsondernemingen nooit in aanmerking zullen komen. Het eventueel ernstig bevinden van het tweede middel zou immers tot gevolg hebben dat de verwerende partij bij het overdoen van de gunningsprocedure een andere gunningswijze zal dienen te hanteren waarbij niet op voorhand kan worden uitgesloten dat de

verzoekende partijen een offerte zouden kunnen indienen. Het lijkt alleszins niet *prima facie* evident om bij een andere gunningswijze opnieuw de keuze te maken om de mededinging te beperken tot vzw's, nog daargelaten de door de verzoekende partijen betwiste rechtsgeldigheid van die keuze.

7.3.2. Op het eerste gezicht kan de verwerende partij niet worden bijgevalen waar zij doet gelden dat het voorwerp van de opdracht zou strijden met het doel waartoe de verzoekende partijen zijn opgericht. In dit verband lijkt, gelet op het vennootschapsrechtelijk beginsel van doelgebondenheid, enkel rekening te mogen worden gehouden met het statutaire doel van de betrokken rechtspersonen en lijken bepaalde vermeldingen op hun website niet van beslissend belang. Uit de statuten van de verzoekende partijen zoals deze bij het verzoekschrift zijn gevoegd, blijkt het volgende:

- nv Recutex: “De vennootschap heeft als doel: De handel en de bewerking van alle afvalgoederen, oude en nieuwe, voortkomende van textielen, vodden, metalen en zo meer”;
- bvba VICT: “De vennootschap heeft tot doel: Het inzamelen, de in- en verkoop en de bewerking van alle afvalgoederen, oude en nieuwe voortkomende van textielen, vodden, metalen en zo meer”;
- bvba Victrans: “Doel: Het vervoer over de weg voor rekening van derden, de activiteit van agent, commissionair en tussen-persoon voor alle vervoer, opslag en behandeling van alle goederen [...]”.

Het blijkt op het eerste gezicht niet dat deze statutaire doelstellingen de deelname van de betrokken vennootschappen, samenwerkend, zou beletten aan een opdracht voor het huis-aan-huis inzamelen van textielafval. Veeleer het tegendeel lijkt zelfs het geval te zijn. Minstens lijkt het niet dat de statuten hen op voorhand beperken tot louter inzameling via containers.

Dat de verzoekende partijen thans hun activiteiten zouden ontplooiën door middel van containers, lijkt niet *ab initio* uit te sluiten dat zij een offerte zouden indienen voor een overheidsopdracht voor huis-aan-huisinzameling

van textielafval. Het laat zich aanzien dat, indien de verzoekende partijen een offerte zouden indienen voor een dergelijke opdracht, zij zich naar de voorwaarden van het bestek zullen moeten schikken. De wijze waarop de verzoekende partijen hun activiteiten tot dus ver ontplooiden in de gemeente Dilbeek volstaat alleszins niet om hun nu reeds de interesse in dergelijk project – en aldus het belang bij huidige vordering – te ontzeggen. Daarnaast blijkt op het eerste gezicht uit de stukken die de verzoekende partijen voorleggen te volgen dat zij wel degelijk nu reeds bepaalde activiteiten inzake huis-aan-huisophaling van textielafval verrichten onder meer in Rumst, Oostkamp, Knokke-Heist en Sint-Pieters-Leeuw, welke vaststelling de exceptie op dit punt nog bijkomend lijkt te ontkrachten.

De verwerende partij doet ook gelden dat de verzoekende partijen een oplossing zouden aanbieden die in strijd is met het kader waarbinnen de verwerende partij de opdracht wil gunnen. Daarbij moet worden opgemerkt dat de verzoekende partijen *überhaupt* geen oplossing aan de verwerende partij hebben kunnen aanbieden, wat net de kern van hun belang bij de huidige vordering lijkt uit te maken. In dit verband kan erop worden gewezen dat bij overheidsopdrachten een verzoekende partij in het algemeen niet hoeft te bewijzen dat zij het recht heeft om zich in elk geval de opdracht te zien gunnen, om belang te hebben bij een verhaalprocedure bij de Raad van State.

Voorts wijft de verwerende partij de verzoekende partijen aan dat zij het voorwerp van de opdracht, namelijk huis-aan-huisinzameling, niet in vraag stellen. Dergelijk verwijt kan niet als exceptie worden aanvaard. De verzoekende partijen lijken er immers niet toe verplicht een dergelijke kritiek te leveren als voorwaarde om ontvankelijk op te komen tegen een beslissing die in het kader van de gunning van een opdracht wordt genomen.

7.4. De exceptie mist aldus de vereiste *prima facie* ernst opdat zij reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zou kunnen worden aanvaard.

VII. Schorsingsvoorwaarden

8. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

9. Te dezen is evenwel ook de meer vermelde wet van 17 juni 2013 van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VIII. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

10.1. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in het tweede middel de schending aan van “de wet ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van 15 juni 2006 [hierna: de wet van 15 juni 2006], o.a. de artikelen 5 en 26; [...] de beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. de materiële motiveringsplicht”.

Zij betogen daartoe onder meer :

“ Dat de eerste en tweede bestreden beslissingen van 23 mei 2016 en 27 juni 2016 onwettig zijn omdat zij onterecht, wegens gebrek aan wettige redenen, het schepencollege de mogelijkheid geven om beroep te doen op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking; dat in elk geval het solliciteren van sociale organisaties, zoals gesteld in de eerste bestreden beslissing van 23 mei 2016, geen reden is die een beroep op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking rechtvaardigt; dat minstens het beroep doen op sociale organisaties niet als reden kan dienen om, zelfs in het raam van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, de mededinging te beperken tot dergelijke organisaties.”

10.2. In hun voornoemde “nota” van 23 december 2016 voegen de verzoekende partijen een tweede onderdeel toe aan dit tweede middel waarin zij de schending aanvoeren van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991), de artikelen 5 en 26 van de wet van 15 juni 2006, artikel 4, 1° en 2°, en artikel 5, 2°, van de wet van 17 juni 2013, de artikelen 24 tot en met 27 en artikel 105 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en van de materiële motiveringsplicht.

Zij lichtten het aanvullend tweede middelonderdeel toe op bladzijde 2 tot en met 4 van hun “nota”. In essentie betogen zij in het aanvullend tweede onderdeel:

- De toepassing van artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006, waarop de verwerende partij zich beroept in haar nota, wordt niet afdoende gemotiveerd. In de bestreden beslissingen ontbreken zowel feitelijke als juridische overwegingen die daarop betrekking hebben. Het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking moet nochtans uitdrukkelijk worden gemotiveerd. De motivering in de nota van de verwerende partij is een motivering achteraf die niet aanvaard kan worden.
- Artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006 mag bovendien hoe dan ook niet worden toegepast aangezien het niet gaat om een opdracht met beperkte waarde. Er moet niet enkel rekening worden gehouden met de kostprijs van de dienstverlening voor de overheid, maar wel met de geraamde totale vergoeding van de dienstverlener, dus ook met de inkomsten die van derden zullen worden verkregen en met het feit dat het in te zamelen textiel “een positieve waarde” heeft en kan worden doorverkocht aan prijzen tussen 0,50 euro en 0,80 euro per kilogram. Volgens berekeningen van de verzoekende partijen zou de totale waarde van de opdracht voor vier jaar 552.656,20 euro zijn, veel hoger dan het drempelbedrag van 85.000 euro.
- Daarnaast doen zij gelden dat de tweede bestreden beslissing niet is opgenomen in het administratief dossier, het betrokken stuk betreft enkel een ontwerp van beslissing.

10.3. In haar “bijkomende nota met opmerkingen” betwist de verwerende partij in de eerste plaats de ontvankelijkheid van het aanvullend tweede middelonderdeel. Zij doen gelden dat de verzoekende partijen de afwezigheid van een verwijzing naar artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006 reeds hadden kunnen opmerken in het verzoekschrift. De verwerende partij heeft met een brief van 7 december 2016 al gewezen op het feit dat de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking werd gebruikt omdat de goed te keuren uitgave onder 85.000 euro ligt.

Wat de ernst van het aanvullend tweede middelonderdeel betreft, doet de verwerende partij gelden dat voor de drempel van 85.000 euro van

artikel 105, § 1, 2°, van het koninklijk besluit Plaatsing niet de geraamde waarde maar wel de goed te keuren uitgave relevant is. De berekening gebeurt op het tijdstip van de goedkeuring van de uitgave. Te dezen blijkt de begunstigde kosteloos te zullen instaan voor de uitvoering van de opdracht. Aldus was er zekerheid over de goed te keuren uitgave. In zoverre rekening zou moeten worden gehouden met de “totale vergoeding” moeten niet enkel de opbrengsten maar ook de kosten in rekening worden gebracht.

De verwerende partij heeft doorheen de complexe administratieve rechtshandeling consequent zowel formeel als materieel het gebruik gestaafd van artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006. De eerste bestreden beslissing verwijst naar de bijzonder beperkte budgettaire impact van de opdracht, het bestek en ook de derde bestreden beslissing via het gunningsverslag maken uitdrukkelijk melding van artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006. De verwerende partij benadrukt dat de controle op het rechtmatig gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op het einde van de gunningsprocedure plaatsvindt. Te dezen staat vast dat de verwerende partij op correcte en wettige wijze gebruik heeft gemaakt van deze gunningswijze.

De berekening die de verzoekende partijen maken om aan te tonen dat de raming van de opdracht aanzienlijk hoger zou liggen, is geenszins gesteund op een concreet stuk. Deze redenering bevat bovendien denk- en interpretatiefouten. De verwerende partij doet gelden dat het feit dat de opdracht quasi kosteloos is niet uitsluit dat het gaat om een opdracht ten bezwarende titel. Opdat van dat laatste sprake zou zijn, volstaat elk economisch voordeel voor een opdrachtnemer. Voorts benadrukt de verwerende partij nogmaals “de fundamenteel andere bestaansvorm” van de verzoekende partijen. Zij zijn opgericht “met het (enige) doel winst te maken”, de uitgenodigde dienstverleners niet. De wijze waarop de begunstigde een vergoeding nastreeft, verschilt dan ook fundamenteel met die van de verzoekende partijen. In zoverre een “totale vergoeding” van de verzoekende partijen in rekening zou moeten worden gebracht, kan deze dan ook geenszins worden vergeleken met de totale vergoeding van de gekozen inschrijver,

die de opbrengsten zal herinvesteren in lokaal gebruik en lokale sociale doelstellingen. De berekening van de verzoekende partijen is, aldus de verwerende partij, “volstrekt irrelevant” bij de berekening van de goed te keuren uitgave voor deze opdracht.

Beoordeling

11. Het tweede onderdeel van het tweede middel werd niet ontwikkeld in het verzoekschrift. In beginsel lijkt het aldus als niet-ontvankelijk te moeten worden verworpen. Dit zou anders kunnen zijn, zo lijkt het, wanneer op het eerste gezicht zou blijken dat het betoog de miskenning betreft van een rechtsnorm van openbare orde of berust op gegevens waar de verzoekende partijen geen kennis van hadden toen zij het verzoekschrift indienden.

De verzoekende partijen beroepen zich in het begeleidend schrijven bij hun “nota” van 23 december 2016 zelf nadrukkelijk op de tweede hypothese.

Op het eerste gezicht lijken zij, anders dan de verwerende partij doet gelden, daarin wel degelijk te kunnen worden gevolgd. De beslissingen die hun ter kennis werden gebracht voorafgaand aan het instellen van de huidige vordering blijken nergens expliciet te verwijzen naar artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006, als rechtsgrond om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Dit blijkt enkel uit het bestek en het gunningsverslag, stukken waarvan de verzoekende partijen pas kennis kregen door het neerleggen van het administratief dossier. De verwijzing in bedekte termen naar de “quasi kostenloze inzameling” in de beslissing van 23 mei 2016 en de opmerking in de beslissing van 12 september 2016 dat met de opdracht “geen uitgaven” gepaard gaan, lijken *prima facie* niet van die aard dat zij de verzoekende partijen hadden moeten doen besluiten dat de verwerende partij te dezen eigenlijk een beroep deed op artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006 om de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te gebruiken. Er blijkt op zicht

van de stukken waarover de verzoekende partijen met zekerheid konden beschikken bij het instellen van de vordering alleszins niet dat de verzoekende partijen niet anders dan tot dat besluit konden komen. Minstens lijkt niet te kunnen worden aanvaard dat de verzoekende partijen op grond van die twee gezamenlijk genomen beperkte vermeldingen, die deel uitmaken van een ruimere opsomming aan overwegingen, een veeleer hypothetisch rechtsmiddel in de vorm van een “als... dan...”-redenering hadden moeten ontwikkelen in het verzoekschrift. Dit vereisen zou niet enkel de taak van de verzoekende partijen in onredelijke mate hebben verzaagd en het Auditoraat en de Raad hebben verplicht om hypothetische rechtsmiddelen te onderzoeken, maar zou ook indruisen tegen de formelemotiveringsplicht, die de verwerende partij onder meer ertoe verplicht om in de bestreden beslissing zelf klaar en duidelijk aan te geven op welke rechtsnormen zij zich steunt bij het nemen van die beslissing.

Het schrijven van 7 december 2016 waar de verwerende partij naar verwijst, lijkt in het licht van het voorgaande niet relevant. Dit schrijven werd op 9 december 2016 verzonden aan de verzoekende partijen, zijnde 14 dagen na de kennisgeving, en dus amper één dag voor het verstrijken van de te dezen toepasselijke termijn van 15 dagen om de huidige vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen. Aldus blijkt dat zij deze brief niet tijdig hebben ontvangen om met deze gegevens nog nuttig rekening te kunnen houden bij de adstructie van hun middelen in het verzoekschrift, dit nog daargelaten de vaststelling dat het *überhaupt* geen zorgvuldige handelwijze lijkt van het aanbestedend bestuur om zijn beslissing *post factum* te motiveren in een brief.

Het aanvullend tweede onderdeel lijkt aldus op het eerste gezicht ontvankelijk.

12.1. Wat het ernstig karakter van het tweede middel betreft, blijkt de aanbestedende overheid de kwestieuze opdracht te hebben gegund door middel van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking in de zin van artikel 26, § 1, van de wet van 15 juni 2006.

De onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking is nog steeds een uitzonderingsprocedure. De limitatief in de heden nog toepasselijke wet bepaalde gevallen waarin er een beroep op mag worden gedaan, dienen dan ook strikt te worden geïnterpreteerd.

12.2.1. De aanbestedende overheid die zich op één van de gevallen opgesomd in artikel 26, § 1, van de wet van 15 juni 2006 beroept, dient dan ook het bewijs te leveren van de toepasselijkheid van dat geval. Daarbij dient zij zich onder meer te houden aan de op haar rustende plicht tot formele motivering zoals die te dezen voortvloeit zowel uit de wet van 29 juli 1991 als uit de wet van 17 juni 2013.

Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, 1°, van de wet van 17 juni 2013 dient de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze beslist gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Het tweede lid van ditzelfde artikel 4 tempert deze bijzondere formelemotiveringsplicht enigszins door eraan toe te voegen dat in dit geval de motieven van de beslissing dienen te bestaan op het ogenblik van de beslissing, maar “de formele gemotiveerde beslissing *a posteriori* [mag] worden opgesteld, door ze op te nemen in de eerstvolgende beslissing bedoeld in het eerste lid, [...] 8° [...]”, te dezen dus door ze op te nemen in de gunningsbeslissing.

Krachtens artikel 5, 2°, van de voornoemde wet van 17 juni 2013 is het aldus uiterlijk de gunningsbeslissing die de juridische en feitelijke motieven dient te bevatten die het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking rechtvaardigen of mogelijk maken.

De eerste bestreden beslissing van 23 mei 2016 waarin wordt gekozen voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking vermeldt daaromtrent:

“Overwegende dat door het beschikbaar stellen van het ingezamelde textielafval aan een sociale organisatie een voor de gemeente quasi kostenloze inzameling mogelijk wordt.”

De gunningsbeslissing van 12 september 2016 vermeldt ter zake enkel het volgende: “Overwegende dat voor deze opdracht geen uitgaven worden voorzien”.

Zoals reeds vastgesteld, verwijst geen van beide beslissingen ondubbelzinnig naar artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006. Aldus worden op het eerste gezicht de juridische motieven van de keuze voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking niet vermeld. In zoverre lijkt de formelemotiveringsplicht dan ook geschonden. Dat het bestek en het gunningsverslag naar deze bepaling verwijzen, lijkt te dezen niet relevant, nu niet lijkt te worden betwist dat deze stukken niet ter kennis van de verzoekende partijen werden gebracht voorafgaand aan het instellen van de huidige vordering. Wat de brief van 7 december 2016 betreft, kan worden verwezen naar wat hiervoor reeds werd opgemerkt.

12.2.2. Wat dan de materiële motiveringsplicht betreft, waarvan de schending door de verzoekende partijen in ondergeschikte orde is aangevoerd, lijken de aangehaalde feitelijke motieven die wél worden vermeld in de betrokken beslissingen om de hierna volgende redenen op het eerste gezicht inderdaad onjuist te zijn en aldus draagkracht te missen.

Het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking is volgens artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006 toegestaan ingeval “de goed te keuren uitgave niet hoger is dan de door de Koning vastgelegde bedragen zonder belasting over de toegevoegde waarde”.

Krachtens artikel 105, § 1, 2°, van het koninklijk besluit Plaatsing mag te dezen het bedrag bedoeld in voormeld artikel 26, § 1, 1°, a), te dezen 85.000 euro niet overschrijden.

De verwerende partij beroept zich in dat verband in de eerste en derde bestreden beslissing, in haar nota en in haar “bijkomende nota” op “de quasi

kostenloze inzameling”, het feit dat er geen uitgaven gepaard gaan met de opdracht en de “beperkte budgettaire impact” van de opdracht die volgens haar onder het drempelbedrag van 85.000 euro zou blijven.

Voor het al dan niet toepasselijk zijn van het voormelde artikel 26, § 1, 1°, a), is het bedrag van de “goed te keuren uitgave” bepalend. Overeenkomstig artikel 105, § 3, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing gebeurt de berekening van dat bedrag op het tijdstip van de goedkeuring van de uitgave, doch met toepassing van de ramingsregels bepaald in de artikelen 24 tot 27 van datzelfde koninklijk besluit. Krachtens de genoemde artikelen 24 en 27 moet voor opdrachten van diensten rekening worden gehouden met de “totale vergoeding” van de dienstverlener voor de totale duur van de opdracht, met inbegrip van alle verlengingen.

Het standpunt dat de verwerende partij te dezen doet gelden, namelijk dat indien de aanbestedende overheid niet moet betalen voor de dienstverlening, zij de goed te keuren uitgave in elk geval mag waarderen op nul of alleszins op een bedrag onder de drempel van 85.000 euro, wordt niet bijgevalen. De kostprijs in geld van de dienstverlening voor de aanbestedende overheid is immers op zich niet allesbepalend voor wat als de totale vergoeding van de dienstverlener dient te worden beschouwd.

De vergoeding van de dienstverlener omvat te dezen wel geen geldsom, maar dan toch een aanzienlijke vergoeding *in natura* in de vorm van het in te zamelen textielafval dat klaarblijkelijk in zeer ruime mate recupereerbaar en verhandelbaar lijkt te zijn, hetgeen geen van de partijen lijkt te betwisten.

Anders dan de verwerende partij doet gelden in haar “bijkomende nota” lijkt op het eerste gezicht noch uit artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006, noch uit de voornoemde bepalingen van het koninklijk besluit Plaatsing te volgen dat daarbij ook rekening dient te worden gehouden met de kosten van de inschrijver voor de uitvoering van de opdracht, of met het doel

waartoe deze nadien zijn winst uit de uitvoering van de opdracht zal bestemmen, of met diens rechtsvorm.

De waarde *in natura* van de opdracht wordt door de verzoekende partijen becijferd op 138.164,05 euro per jaar of voor vier jaar op 552.656,20 euro. Zonder dat het noodzakelijk is om uitspraak te doen over de daarbij door de verzoekende partijen gehanteerde beginwaarde van 0,50 euro per kilogram textielafval – die *prima facie* evenwel niet als geheel onrealistisch, laat staan als irrelevant lijkt te kunnen worden verworpen, gelet op de aanvullende stukken die de verzoekende partijen hebben neergelegd, waaruit blijkt dat prijzen tussen 0,50 euro en 0,80 euro per kilogram courant zouden zijn in de sector – kan worden vastgesteld dat de verwerende partij in de beslissing van 23 mei 2016 zelf gewag maakt van een gemiddelde van 6,7 kilogram per inwoner aan textielafval. Volgens de gemeentelijke profielschets najaar 2016 van de studiedienst van de Vlaamse regering telt de gemeente Dilbeek 41.450 inwoners op 1 januari 2016, gegeven aangevoerd in het advies van het auditoraat en ter terechtzitting door geen van de partijen tegengesproken. Aldus dient *prima facie* te moeten worden verondersteld dat de opdracht betrekking heeft op het inzamelen van 277.715 kilogram textielafval per jaar.

Het lijkt reeds op het eerste gezicht niet mogelijk om zonder meer aan te nemen dat de economische waarde van een dergelijke hoeveelheid textielafval, *a fortiori* wanneer deze overeenkomstig artikel 24 van het koninklijk besluit Plaatsing wordt beschouwd voor de vier jaar van de opdracht (aldus 1.110.860 kilogram), hoe dan ook in elk geval beneden de voornoemde drempel van 85.000 euro zou liggen.

Aldus blijkt het feitelijk motief inzake de in rekening te brengen uitgave voor het aanbestedende bestuur op het eerste gezicht onjuist te zijn.

De keuze voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking lijkt aldus niet te berusten op een draagkrachtig motief dat in feite

juist is. Ook de materiële motiveringsplicht lijkt aldus geschonden.

13. Bijgevolg dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat niet is aangetoond, minstens niet langer vaststaat, dat de verwerende partij te dezen een rechtsgeldig beroep heeft gedaan op de door artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006 uitzonderlijk geboden mogelijkheid om gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Aldus lijken ook deze bepaling en de voornoemde bepalingen van het koninklijk besluit Plaatsing geschonden.

Het tweede middel is in de besproken mate ernstig.

14. Er lijkt ten slotte geen reden om de andere in het tweede middel aangevoerde grief – inzake het beperken van de mededinging tot sociale organisaties – te onderzoeken, nu deze door de verzoekende partijen zelf klaarblijkelijk enkel werd aangevoerd in ondergeschikte orde, in zoverre zou worden aangenomen dat de verwerende partij terecht een beroep deed op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, hetgeen te dezen niet het geval lijkt te zijn.

15. Het ernstig bevinden van het tweede middel tast de rechtmatigheid van de gunningsprocedure van bij haar aanvang en dus in haar geheel aan, zodat er reden is om de drie bestreden beslissingen in hun tenuitvoerlegging te schorsen.

Ongeacht de discussie, ook ter terechtzitting gevoerd, betreffende het feit dat bij het administratief dossier enkel een ontwerp van de tweede bestreden beslissing zou zijn gevoegd, belet niet, zo lijkt het, dat de beslissing zelf in haar tenuitvoerlegging zou worden geschorst door de Raad van State. De verwerende partij ontkent alvast niet dat deze beslissing is genomen en de derde beslissing verwijst er uitdrukkelijk naar. *Prima facie* mag dan worden verondersteld dat de betrokken beslissing bestaat.

IX. Besluit en kosten

16. Het tweede middel is in de besproken mate ernstig gebleken en verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de met het middel aangevochten beslissingen.

Het lijkt daarbij niet nodig ook nog het eerste middel te onderzoeken. Dit middel werd door het Auditoraat in zijn advies ter terechtzitting immers niet ernstig bevonden. De verzoekende partijen reageerden niet op die conclusie en gaven dus ook niet aan op welke wijze het ernstig bevinden van dat middel tot een ruimere schorsing aanleiding zou kunnen geven.

17. Het is passend, gelet op de hierna bevolen schorsing en het daaropvolgend nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de vzw Televil tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van:

- **Het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Dilbeek van 23 mei 2016 waarbij beslist wordt om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten met als voorwerp de tweemaandelijksse inzameling aan huis van textielafval en waarbij drie sociale organisaties uitgenodigd zullen worden om een offerte in te dienen (vzw Televil, vzw Wereldmissiehulp en vzw Spullenhulp);**
- **Het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Dilbeek van 27 juni 2016 waarbij beslist wordt om de besteksbepalingen goed te keuren, de onderhandelingsprocedure op te starten en die voornoemde sociale organisaties aan te schrijven.**

- **Het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Dilbeek van 12 september 2016 waarbij beslist wordt om de overheidsopdracht ‘Inzameling aan huis van textielafval 2017-2018’ te gunnen aan de vzw Televil.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 januari 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest