

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 243.025 van 23 november 2018

in de zaak A. 221.961/XII-8363

In zake: de NV GROENSERVICE MARISSSEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Van Heuven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE SCHOTEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster
kantoor houdend te 2980 Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 17 april 2017, strekt tot de
nietigverklaring van :

“1. de beslissingen van [de gemeente Schoten] om de inschrijving van [de
nv Groenservice Marissen] voor de opdracht ‘Onderhoud aanplantingen.
Perceel 1: Gemeentelijke parken, Perceel 2: Gemeentelijke poelen.’ niet te
selecteren voor zowel het perceel 1 en perceel 2 omdat [de nv Groen-
service Marissen] niet zou erkend zijn als sociale of beschutte werkplaats
[...]

2. beslissingen houdende gunning van de opdracht aan Aralea vzw [...] van 14 februari 2017

3. impliciete beslissingen om de opdracht niet te gunnen aan [de
nv Groenservice Marissen].”

Voorts bevat het verzoekschrift ook het verzoek om een schadevergoeding tot herstel van “99.792€ (perceel 1) en 2.945,25€ (perceel 2) vermeerderd met de wettelijke interesten vanaf 14 februari 2017 tot de uiteindelijke dag der betaling”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 oktober 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Maïté Bultheel, die loco advocaat Dirk Van Heuven verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Uschi Steurs, die loco advocaat Dirk De Keuster verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een 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 beslist om een overheidsopdracht uit te schrijven, namelijk voor een opdracht van diensten voor het beplanten en onderhouden van groengebieden. De opdracht bestaat uit twee percelen: perceel 1 betreft de gemeentelijke parken en perceel 2 de gemeentelijke poelen. De opdracht heeft een duurtijd van vier jaar. De gekozen gunningswijze is de open offerteaanvraag.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 466.115,71 euro, btw niet inbegrepen, namelijk 383.471,08 euro, btw niet inbegrepen, voor perceel 1 en 82.644,63 euro, btw niet inbegrepen, voor perceel 2.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 25 november 2016.

In de aankondiging wordt vermeld:

“Voorbehouden opdrachten:

Ja.

De uitvoering van de opdracht is beperkt tot het kader van de programma's voor beschermde arbeid.”

3.3. Het bijzonder bestek met referentie “16AD39” is van toepassing op deze opdracht. Het bestek bepaalt onder meer het volgende:

“Voorbehouden opdrachten

Volgens artikel 22 van de wet van 15 juni 2006 wordt de opdracht beperkt tot het kader van de programma's voor beschermde arbeid.”

Voorts bepaalt het bestek dat de offertes zullen worden getoetst aan twee gunningscriteria: “prijs” op 800 punten en “werkprogramma” op 200 punten.

3.4. Op 12 januari 2017 worden de inschrijvingen geopend. Er blijken twee inschrijvers een offerte te hebben ingediend voor beide percelen van de opdracht aan de volgende bedragen, btw niet inbegrepen:

- de vzw Aralea – perceel 1: 365.280,00 euro – perceel 2: 22.360,00 euro;
- de verzoekende partij – perceel 1: 316.800,00 euro – perceel 2: 28.050,00 euro.

3.5. Op 24 januari 2017 bezorgt de verzoekende partij een attest van erkenning als sociale inschakelingsonderneming aan de verwerende partij, blijkbaar op vraag van de verwerende partij.

Met een e-mailbericht van 1 februari 2017 schrijft de verwerende partij aan de verzoekende partij dat zij inlichtingen heeft genomen bij het departement Werk en bij VVSG waaruit blijkt dat ondernemingen uit de reguliere economie aan de opdracht mogen meedoen op voorwaarde dat de meerderheid van de betrokken personen een handicap heeft en dat deze inschrijvers in hun offertes aantonen dat zij aan deze voorwaarde voldoen. Zij vervolgt:

“Uw firma blijkt wel degelijk een geldige erkenning te hebben, dat blijkt uit het document dat u ons stuurde. Dit betekent evenwel niet dat jullie in aanmerking komen voor programma’s voor beschermde arbeid . De erkenning kan reeds toegekend worden vanaf één medewerker . Dus dit bewijst niet dat er aan de 50%-voorwaarde werd voldaan. Een lijst met de betrokken medewerkers die onder het SINE-statuuut vallen, kan daar wel duidelijkheid in brengen.
U heeft ons reeds een lijst bezorgd met medewerkers die tewerkgesteld gaan worden in de gemeente Schoten. Graag vermelden welke werknemers aan de definitie hierboven vermeld voldoen.”

Met een e-mailbericht van 8 februari 2017 antwoordt de verzoekende partij onder meer als volgt aan de verwerende partij:

“Wij zijn een sociale inschakelingsonderneming wat er eigenlijk op neer komt dat wij binnen ons bedrijf in onze afdeling ‘klein groenonderhoud’ tewerkstelling trachten te bieden aan langdurig werkloze, werkloze 50 plussers en mensen met een arbeidshandicap. De bedoeling is echter dat wij dmv opleidingen en aanleren van de juiste arbeidsattitudes deze

mensen verder kunnen laten doorstromen in onze onderneming naar het regulier arbeidscircuit. Ongeveer 50% van ons personeel heeft te maken gehad met een langdurige werkloosheid, of was 50 plusser bij de indiensttreding of had een arbeidshandicap. Ons bedrijf heeft een zeer uitgebreid machinepark waarbij wij tal van activiteiten machinaal kunnen uitvoeren, echter bepaalde handelingen blijven manuele arbeidskracht vereisen. De juiste combinatie van beide zaken maakt ons bedrijf uniek. De personeelslijst die werd toegevoegd bij onze inschrijving is de totale tewerkstelling binnen ons bedrijf. Uiteraard zijn wij nog actief bij een heleboel andere opdrachtgevers en hadden wij op het ogenblik van de inschrijving nog geen zicht op welke ploeg de uitvoering in Schoten zou kunnen verzorgen. Ondertussen hebben wij de ploegsamenstelling intern besproken en kunnen U melden dat de volgende personen de onderhoudswerken zullen uitvoeren in Schoten:

[M. R.] als ploegleider/instructeur
[H. K.] arbeidshandicap (vdab dienst arbeidshandicapspecialisatie Antwerpen VOP – dossier – 201106- 2162686)

Wanneer artikel 22, §1 Overheidsopdrachtenwet op strikte wijze wordt gelezen, lijkt de wetgever door te verwijzen naar ‘betrokken werknemers’ te doelen op de effectief in te zetten werknemers voor desbetreffende opdracht en niet op de totale personeelsbezetting in het bedrijf.”

3.6. Op 8 februari 2017 wordt een gunningsverslag opgesteld. Zowel voor perceel 1 als perceel 2 wordt voorgesteld om de verzoekende partij niet te selecteren:

“Volgende inschrijvers zijn uitgesloten of hun inschrijvingen bevatten essentiële tekortkomingen en worden dus niet geselecteerd:

Naam	Motivering
Groenservice bvba	Nazicht op www.socialeconomie.be en door dienst sociale economie (zie mail): niet erkend als sociale of beschutte werkplaats Wel erkend als SINE – sociaal inschakelingsbedrijf. Zie attest en mail van 24/1 van Groenservice. SINE bedrijven kunnen niet meedoen aan deze opdracht: zie mail VVSG van 2/2/2017 (Europese aanbesteding en meer dan 50% van de werknemers moeten personen met een handicap zijn die wegens de aard of de ernst van hun handicap geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitoefenen) Op 1/2 nog een mail gestuurd naar firma of dat zij dit laatste kunnen aantonen. Op 8/2 antwoord gekregen.

”

Vervolgens wordt voor beide percelen de vzw Aralea wel geselecteerd. De offertes van deze inschrijver worden regelmatig bevonden. Deze

worden getoetst aan de gunningscriteria en krijgen elk telkens de maximumscore. Er wordt dan ook voor beide percelen van de opdracht voorgesteld om te gunnen aan de vzw Aralea.

Het e-mailbericht van de VVSG van 2 februari 2017 waarnaar het gunningsverslag verwijst, bevat het volgende advies aan de verwerende partij:

“Als het een opdracht betreft die voorbehouden werd op grond van art. 22, §1 (toegang voor sociale werkplaatsen of deel uitvoering voor programma’s beschermde arbeid), dan komen SINE-ondernemingen in principe niet in aanmerking. SINE wordt overeenkomstig de memorie van toelichting bij de wet niet geacht te ressorteren onder ‘sociale werkplaatsen’ of ‘programma’s voor beschermde arbeid’. Eventueel zou wel discussie kunnen ontstaan indien de SINE-onderneming meer dan 50% gehandicapten tewerk stelt. Dit lijkt mij echter onwaarschijnlijk en het lijkt mij correct te stellen dat de bewijslast hiervoor bij de onderneming zelf ligt (tenzij er in het bestek staat dat de aanbestedende overheid deze bewijslast op zich neemt). SINE is daarentegen wel wat er bedoeld wordt in art. 22, §2, maar dit kan enkel toegepast worden onder de Europese drempels.”

3.7. Op 14 februari 2017 beslist de verwerende partij om beide percelen van de opdracht te gunnen aan de vzw Aralea, verwijzend naar het gunningsverslag, perceel 1 voor een bedrag van 365.280,00 euro, btw niet inbegrepen, en perceel 2 voor een bedrag van 22.360,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.8. Met aangetekende brieven van 15 februari 2017 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van haar niet-selectie voor beide percelen. Daarbij wordt haar het volgende meegedeeld:

“Wij hebben uw inschrijving niet geselecteerd om volgende reden(-en):
Nazicht op www.socialeconomie.be en door dienst sociale economie: niet erkend als sociale of beschutte werkplaats
Wel erkend als SINE - sociaal inschakelingsbedrijf. Vermits het een opdracht met Europese bekendmaking betreft, is dit niet afdoende.”

Bij deze kennisgevingen zijn de beslissingen van 14 februari 2017 alsook de nazichtsverslagen gevoegd.

IV. Onderzoek van het enig middel

4. De verzoekende partij voert de schending aan van de “artikelen 5, 6 en 22 van de wet van 15 juni 2006 [...] overheidsopdracht[en] en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten [hierna: wet overheidsopdrachten 2006]; [...] de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen; [...] de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”.

Het middel is opgedeeld in twee onderdelen waarvan het eerste uit vijf subonderdelen bestaat.

A. Eerste middelonderdeel

Eerste subonderdeel

Uiteenzetting van het eerste subonderdeel

5.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 22 wet overheidsopdrachten 2006. Zij doet vervolgens het volgende gelden:

“Verzoekende partij heeft in het verleden reeds verschillende malen opdrachten gegund gekregen die een voorbehouden opdracht in de zin van artikel 22 vormden en was dan ook erg verbaasd over het feit dat haar inschrijving deze keer niet weerhouden werd. De laatste jaren heeft zij zware inspanningen geleverd om de mogelijkheid te hebben voor dergelijke opdrachten in te schrijven, zo heeft zij o.a. specifiek aanwervingen gedaan van mensen die langdurig werkloos waren of een arbeidshandicap hebben en zorgt zij op dat vlak ook voor de nodige begeleidingen en opleidingen [...].

Ontoelaatbare interpretatie van artikel 22 Overheidsopdrachtenwet.

Het is ondenkbaar dat artikel 22 Overheidsopdrachtenwet zo zou moeten geïnterpreteerd worden dat bij grote, Europese opdrachten enkel sociale werkplaatsen in aanmerking komen en voor kleinere opdrachten enkel sociale inschakelingsbedrijven. Dergelijke bedoeling kan de wetgever

onmogelijk hebben gehad en is in het licht van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel en in het licht van artikel 5 Overheidsopdrachtenwet ontoelaatbaar.

Verzoekster nodigt uw Raad uit tot een richtlijnconforme interpretatie.”

5.2. In haar memorie van wederantwoord doet de verzoekende partij gelden dat “de Belgische overheidsreglementering richtlijnconform moet gelezen worden zodanig dat er geen discriminatie is van sociale inschakelingsbedrijven ten opzichte van sociale werkplaatsen”. Zij wijst erop dat in 2016 bij opdrachten voor de verwerende partij beneden de Europese drempelbedragen, de opdrachten ook aan de vzw Aralea werden gegund en vervolgt:

“Dit betekent dat verwerende partij artikel 22 zo heeft geïnterpreteerd dat voor de kleine opdrachten zowel sociale werkplaatsen als sociale inschakelingsbedrijven kunnen meedingen.

Het is het een of het andere. Ofwel zijn de kleine opdrachten voor de sociale inschakelingsbedrijven en de grote opdrachten voor de sociale werkplaatsen. Ofwel kunnen beide soorten ‘sociale bedrijven’ inschrijven op alle voorbehouden opdrachten, ongeacht de drempelwaarden. Een interpretatie van artikel 22 Overheidsopdrachtenwet die steeds in het voordeel is van de sociale werkplaatsen is evident discriminerend.”

Ondergeschikt vraagt de verzoekende partij de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie:

“Schendt artikel 22 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 – zo geïnterpreteerd dat sociale inschakelingsbedrijven uitgesloten zijn van voorbehouden overheidsopdrachten die het bedrag voor Europese bekendmaking bereiken, ook al zijn 50% of meer van de op de opdracht ingezette werknemers personen met een handicap die wegens de aard of de ernst van hun handicaps geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitoefenen – de artikelen 2 en 19 van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten?”

5.3. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij op dat zowel uit de “eigenlijke bestreden beslissing”, als uit de kennisgevingsbrief van 15 februari 2017 en het gunningsverslag blijkt dat de verzoekende partij werd

geweerd wegens haar hoedanigheid als sociaal inschakelingsbedrijf. “Omdat verzoekende partij geen sociale beschutte werkplaats is, werd zij niet geselecteerd. De bewering als zou verzoekende partij geweerd zijn omdat zij niet aan de 50%-drempel zou voldoen, is eerst achteraf gekomen”. De verzoekende partij voelt zich gediscrimineerd ten aanzien van beschutte werkplaatsen; volgens haar worden zowel sociale inschakelingsbedrijven, wat zij is, als sociale werkplaatsen door de verwerende partij geselecteerd en “in de betwiste opdracht, boven de drempelbedragen, enkel sociale werkplaatsen”.

Beoordeling

6.1. Artikel 22 van de wet overheidsopdrachten 2006, die van toepassing is op de opdracht, luidt:

“§ 1. Een aanbestedende overheid kan, overeenkomstig de beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, de toegang tot de gunningsprocedure reserveren voor sociale werkplaatsen of de uitvoering ervan reserveren in het kader van programma's voor beschermde arbeid indien de meerderheid van de betrokken werknemers personen met een handicap zijn die wegens de aard of de ernst van hun handicap geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitoefenen.

De aankondiging van opdracht of, bij ontstentenis daarvan, een ander opdrachtdocument moet deze toegangsreservatie vermelden.

§ 2. Wanneer een opdracht het bedrag voor Europese bekendmaking niet bereikt, kan een aanbestedende overheid, overeenkomstig de beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, de toegang tot de gunningsprocedure reserveren voor sociale inschakelingsondernemingen.

Met sociale inschakelingsonderneming wordt bedoeld de onderneming die voldoet aan de voorwaarden van artikel 59 van de wet van 26 maart 1999 betreffende het Belgische actieplan voor de werkgelegenheid 1998 en houdende diverse bepalingen, of die aan gelijkaardige voorwaarden voldoet in het land van oorsprong van de kandidaat of inschrijver.”

In het bijzonder bestek is bepaald:

“Voorbehouden opdrachten

Volgens artikel 22 van de wet van 15 juni 2006 wordt de opdracht beperkt tot het kader van de programma's voor beschermde arbeid.”

6.2. Uit de gunningsverslagen die integraal deel uitmaken van de gunningsbeslissingen, alsook uit het e-mailverkeer tussen de aanbestedende overheid en de verzoekende partij blijkt dat de verzoekende partij uitgesloten is omdat zij niet aantoont dat meer dan 50 % van de werknemers gehandicapt is en geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitoefenen. Dit blijkt het decisieve motief tot uitsluiting te zijn geweest en niet haar status van sociale inschakelingsonderneming. Aldus blijkt de verwerende partij het artikel 22 wet overheidsopdrachten 2006 niet te hebben toegepast op de wijze die de verzoekende partij aangeeft bij de adstructie van haar grief, namelijk dat zij werd geweerd louter en alleen omdat zij geen sociale werkplaats is.

Determinerend voor de toegang tot voorbehouden opdrachten in de zin van artikel 22, § 1, wet overheidsopdrachten 2006, is het criterium dat meer dan 50 % van de betrokken werknemers gehandicapt is. De vereiste inzake rechtsvorm of erkenningsstatuut dient hier als van minder belang te worden aangemerkt, zoals de verwerende partij dat te dezen blijkt te hebben gedaan. De verwerende partij heeft de verzoekende partij geweerd maar niet omdat zij geen sociale werkplaats in strikte zin van die term is. Zulks druist niet in tegen artikel 22 wet overheidsopdrachten 2006.

Het onderscheid tussen sociale inschakelingsondernemingen en sociale werkplaatsen, waarvan de verzoekende partij zowel in het verzoekschrift als in de memorie van wederantwoord ten onrechte veronderstelt dat het aan de grond zou hebben gelegen van een verschil in behandeling bij het nemen van de bestreden beslissingen tot niet-selectie, is aldus niet het motief voor het weren van de verzoekende partij.

Dat de kennisgevingsbrieven minder pertinent de reden van de niet-selectie weergegeven zoals deze vervat in de gunningsverslagen, doet niet anders oordelen.

6.3. Er is dus voorts geen grond om de in de memorie van wederantwoord voorgestelde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen. Deze prejudiciële vraag gaat immers ten onrechte uit van een verschil in behandeling dat, zoals reeds vastgesteld, te dezen niet heeft meegespeeld in de bestreden beslissingen tot niet-selectie van de verzoekende partij.

6.4. Het eerste subonderdeel wordt verworpen.

Tweede subonderdeel

Uiteenzetting van het tweede subonderdeel

7.1. De verzoekende partij voert de schending aan van het vertrouwensbeginsel. Volgens de verzoekende partij “kon en mocht [zij] er rechtmatig op vertrouwen dat haar inschrijving ok was”.

Zij verwijst naar het e-mailverkeer tussen haar en de verwerende partij op 1 februari en 8 februari 2017. Volgens haar blijkt uit het e-mailbericht van 1 februari 2017 van de verwerende partij dat de verzoekende partij “de nodige hoedanigheid had om wettig te kunnen inschrijven en dat zich enkel de vraag stelde of aan de 50%-regel werd voldaan. Minstens blijkt hieruit dat artikel 22 Overheidsopdrachtenwet op een brede, wetsconforme, wijze werd geïnterpreteerd door verwerende partij”. De verzoekende partij heeft dit e-mailbericht beantwoord op 8 februari 2017, waarop nog een “geruststellende mail van verwerende partij” volgde, aldus de verzoekende partij. Vervolgens doet zij gelden:

“In casu mocht verzoekende partij er rechtmatig op vertrouwen dat zij aan de inschrijvingsvoorwaarden voldeed. Verwerende partij stelde in haar mail duidelijk dat de voorwaarde om voor inschrijving in aanmerking te komen is dat ‘de meerderheid van de betrokken werknemers personen met een handicap moeten zijn die wegens de aard of ernst van hun handicap geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitoefenen. (...) De inschrijver moet dus zelf aantonen dat de meerderheid van zijn werknemers aan de 50%-voorwaarde voldoet.’ Zij vervolgt met te stellen

dat verzoekende partij wel degelijk een geldige erkenning blijkt te hebben, maar dit niet bewijst dat er ook aan de 50%-voorwaarde wordt voldaan nu de erkenning reeds kan toegekend worden vanaf 1 medewerker. Wat volgens haar dan wel verduidelijking kan brengen is een lijst met de betrokken medewerkers die onder het SINE-statuuut vallen.

Welnu, met een mail van 8 februari 2017, maakte verzoekende partij de lijst van de werknemers voor de desbetreffende opdracht over waaruit blijkt dat aan de 50%-voorwaarde wordt voldaan. Zij kon en mocht er dan ook rechtmatig op vertrouwen dat er zich geen problemen stelde met haar inschrijving.

Meer nog, dit vertrouwen werd des te meer gesterkt door het feit dat verzoekende partij ook vorig jaar offertes indiende voor dezelfde opdracht en zij toen niet geweerd werd.”

7.2. In haar memorie van wederantwoord wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij wel degelijk het vertrouwen heeft gewekt “dat de offerte van verzoekster ontvankelijk was voor zover aan de 50%-vraag werd beantwoord”.

Hierover doet de verzoekende partij nog het volgende gelden:

“Verwerende partij kan niet gevolgd worden dat de 50%-drempel geen betrekking heeft op de werknemers die worden ingezet in de opdracht, maar wel op het totaal aantal werknemers van de inschrijver. Zou dit laatste echt de vereiste zijn, dan zou een bedrijf ‘fictieve’ werknemers kunnen aanhouden en zou de voorbehouden opdracht exclusief door personen zonder handicap kunnen worden uitgevoerd. De deur voor misbruik zou wagenwijd openstaan!

Men ziet daarentegen met de beste wil van de wereld niet in welk misbruik er zou in bestaan waar slechts één enkele gehandicapte in de opdracht wordt ingezet ... waar er maar twee werknemers worden ingezet. Alsdan wordt aan de 50%-drempel beantwoord en aan de sociale doelstelling van de richtlijn 2004/18/EG en van de Belgische Overheidsopdrachtenwet.

De terminologie ‘betrokken werknemer’ wijst overduidelijk op de band met de overheidsopdracht.”

7.3. In haar laatste memorie blijft de verzoekende partij bij haar standpunt dat “[z]ij [...] zich immers niet [kan] voorstellen dat de 50%-drempel betrekking heeft op het totaal aantal werknemers van de inschrijver en niet op de werknemers die effectief worden ingezet in de opdracht”. “Z[u]lks wordt ten

andere ook niet gesteld in de bestreden beslissing en in het administratief dossier”. Zij wijst op artikel 22, § 1, wet overheidsopdrachten 2006 waar er uitdrukkelijk sprake is van “de meerderheid van de betrokken werknemers”, “hetgeen overduidelijk lijkt bij de ingezette werknemers, eerder dan de tewerkgestelde werknemers”.

Zij besluit dat “[e]nkel indien de bestreden beslissing waarachtig gegrond is op de interpretatie van de 50%-drempel, quod non, dringt zich de prejudiciële vraag [voorgesteld door het Auditoraat] op.”

Beoordeling

8.1. De verzoekende partij beroept zich hier op het vertrouwensbeginsel. Volgens dit beginsel moet worden vermeden dat aan de rechtmatige verwachtingen die de burger uit het bestuursoptreden put, wordt tekortgedaan. Dit houdt in dat de burger moet kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan. Opdat er van een schending van het vertrouwensbeginsel sprake zou kunnen zijn, moet de verzoekende partij minstens aannemelijk maken dat de verwerende partij bij haar een rechtmatig vertrouwen heeft gewekt.

8.2. Te dezen meent de verzoekende partij ten onrechte dat de verwerende partij bij haar een rechtmatig vertrouwen heeft gewekt.

Uit het e-mailbericht van 1 februari 2017 van de verwerende partij blijkt dat zij stelt dat weliswaar de verzoekende partij een geldige erkenning heeft doch niet bewijst dat aan de voorwaarde van artikel 22, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2006 is voldaan, namelijk de voorwaarde in het vetjes opgenomen in dit e-mailbericht dat “de meerderheid van de betrokken werknemers personen met een handicap moeten zijn die wegens de aard of de ernst van hun handicap geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitoefenen”; de verwerende partij vraagt aan de verzoekende partij een lijst met

de betrokken medewerkers die onder het SINE (sociale inschakelingseconomie)-statuut vallen, te bezorgen omdat erkenning als SINE-onderneming al mag worden toegekend wanneer deze onderneming slechts één SINE-medewerker tewerkstelt.

Hieruit lijkt de verzoekende partij allerminst zomaar te mogen afleiden dat de verwerende partij bedoelde dat het enkel om de werknemers gaat die de opdracht zullen uitvoeren en niet om al de werknemers die zij tewerkstelt.

8.3. Voorst gaat het hier om een onderzoeksverrichting van een offerte in een vrij eenvoudige gunningsprocedure en toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij zekere beslissingen over de interpretatie van wat “betrokken werknemers” zijn, heeft genomen en daarop verder heeft gewerkt en de verzoekende partij bevraagd. Van een vaste gedragslijn of toezeggingen is geen sprake.

8.4. Uit het e-mailbericht van 8 februari 2017 van de verzoekende partij blijkt dat geen meerderheid van al haar werknemers de vereiste handicap zoals bedoeld in het voornoemde artikel 22, § 1, bezit; zij meent echter dat aangezien zij twee werknemers ter beschikking stelt voor de opdracht en één van die twee wel over de vereiste handicap beschikt, zij toch voldoet aan artikel 22, § 1, voornoemd.

Aangezien dit artikel 22, § 1, een “meerderheid van de betrokken werknemers” vereist, en de verzoekende partij beweert hoogstens de helft ter beschikking te stellen voor de opdracht, voldoet de verzoekende partij in geen van de twee interpretaties aan wat een meerderheid van de betrokken werknemers is, zodat de verzoekende partij hoe dan ook niet in aanmerking komt voor de opdracht en een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over de draagwijdte van het begrip “betrokken werknemers”, zoals vermeld in artikel 19, eerste lid, van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie

van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’, niet dienstig is.

8.5. Waar de verzoekende partij ten slotte het middel steunt op haar eerdere selectie in het kader van vorige opdrachten, dient met de verwerende partij te worden vastgesteld dat het aldaar opdrachten betreft beneden de Europese drempelbedragen, zodat, overeenkomstig artikel 22, § 2, wet overheidsopdrachten 2006 de regel inzake de meerderheid van de betrokken werknemers met de kwestieuze handicap zoals bedoeld in artikel 22, § 1, op die opdrachten niet van toepassing was.

8.6. Het tweede subonderdeel wordt verworpen.

Derde subonderdeel

Uiteenzetting van het derde subonderdeel

9.1. De verzoekende partij voert de schending aan “van de artikelen 2 en 3 van de formele motiveringswet en schending van de motiveringsplicht”.

Volgens de verzoekende partij is er in de beslissingen tot niet-selectie sprake van “een ernstig motiveringsgebrek” nu nergens wordt verantwoord waarom de informatie die de verzoekende partij aanreikte niet volstaat:

“Nergens wordt zodoende verduidelijkt waarom het antwoord van verzoekende partij in haar mail van 8 februari 2017 niet volstond. Nergens wordt toegelicht waarom er plots een andere interpretatie van artikel 22 Overheidsopdrachtenwet wordt voorgestaan. De motiveringsplicht heeft tot doel om de bestuurder (rechtsonderhorige) een zodanig inzicht te verschaffen in de motieven van de beslissing, dat hij, ten aanzien van die motieven, instaat is om met kennis van zaken voor zijn rechten op te komen. Dit doel werd duidelijk miskend.”

9.2. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat in het gunningsverslag niet wordt vermeld waarom haar antwoord van 8 februari 2017 niet zou volstaan.

9.3. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij op dat noch uit de bestreden beslissing, noch uit de kennisgevingsbrief, blijkt dat “de 50%-regel determinerend was om verzoekende partij te weren”. In elk geval heeft de verwerende partij geen rekening gehouden met het e-mailbericht van 8 februari 2017 van de verzoekende partij “waarbij [zij] bewees dat zij aan de 50%-drempel voldeed doordat een van beide ingezette werknemers een gehandicapte was”.

Beoordeling

10. Uit de beoordeling van het tweede subonderdeel blijkt dat mag worden aangenomen dat de verwerende partij met haar e-mailbericht van 1 februari 2017 bij de verzoekende partij informeerde naar een lijst van haar SINE-werknemers. Uit het e-mailbericht van 8 februari 2017 van de verzoekende partij blijkt dat deze niet kan aantonen dat een meerderheid van haar werknemers een handicap heeft doch dat zij voornemens is het werk te laten uitvoeren door twee werknemers waarvan er één een arbeidshandicap heeft. Daarom beslist de verwerende partij de verzoekende partij te weren.

Deze e-mailberichten samen genomen met het gunningsverslag waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar deze berichten, hebben de verzoekende partij voldoende inzicht gegeven in de beweegredenen van de verwerende partij om haar te weren. De verzoekende partij toont niet aan dat deze informatie haar onvoldoende in staat heeft gesteld met kennis van zaken uit te maken of het aangewezen was tegen de bestreden beslissingen in rechte te treden.

Het derde subonderdeel wordt verworpen.

Vierde subonderdeel

Uiteenzetting van het vierde subonderdeel

11.1. De verzoekende partij voert het volgende aan: “[m]iskenning van de mededingingsverplichting. Miskenning van artikel 5 Overheidsopdrachtenwet.”

Zij doet het volgende gelden:

“De finaliteit van de overheidsopdrachtenwet is ontegensprekelijk om door middel van mededinging de werken, leveringen en diensten ten behoeve van een overheid toe te wijzen aan de meest gunstige offerte. Dit is in het voordeel van de overheid, maar evenzeer wordt de vrije mededinging tussen ondernemingen erdoor ondersteund.

Volgens de handleiding voorbehouden opdrachten van het Agentschap Facilitair Bedrijf kan er maar geopteerd worden voor een voorbehouden opdracht overeenkomstig artikel 22 Overheidsop[d]rachten in de mate dat er voldoende concurrentie is.

Het Agentschap verwoordt het zelf als volgt:

‘Hou er wel rekening mee dat er voldoende concurrentie moet kunnen spelen tussen de verschillende sociale werkplaatsen, programma’s voor beschermde arbeid en sociale inschakelingsondernemingen. Indien een bepaald werk, levering of dienst door slechts één onderneming kan worden verstrekt, is een voorbehoud niet mogelijk. Het voorbehouden van een opdracht vormt immers geen algemene afwijking op de geldende transparantie-, concurrentie- en niet-discriminatieregels. In dat kader wordt opgemerkt dat uiteraard ook sociale werkplaatsen, programma’s voor beschermde arbeid en sociale inschakelingsondernemingen gelegen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest of in het Waals Gewest kunnen meedingen naar de opdracht.’

Welnu, in casu waren er maar 2 inschrijvers, waarvan er dan nog 1 van beide werd uitgesloten. Er mocht zodoende gewoonweg geen beroep gedaan worden op artikel 22 Overheidsopdrachtenwet, zeker niet strikt geïnterpreteerd zoals verwerende partij uitiem heeft gedaan, zodat verzoekster ook onmogelijk op die basis kon worden uitgesloten.”

11.2. In haar memorie van wederantwoord voert de verzoekende partij aan dat het discriminerend is om haar uit te sluiten omdat zij een sociaal inschakelingsbedrijf is. Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij

bewust gekozen voor een opdracht van lange duur boven de Europese drempelbedragen, zodat er slechts één geldige inschrijver zou zijn, namelijk de vzw Aralea. De verzoekende partij vervolgt haar betoog:

“Aldus is verwerende partij in de fout gegaan om een voorbehouden langeduuropdracht uit te schrijven, minstens is zij in de fout gegaan om de opdracht toe te wijzen aan [de vzw Aralea], niettegenstaande bleek dat er slechts één inschrijver was. Alsdan had verwerende partij ook kunnen en moeten opteren voor een heraanbesteding (zodat verzoekende partij opnieuw kans zou maken).”

11.3. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij op dat de bewuste handleiding van het agentschap Facilitair Bedrijf probleemloos terug te vinden is. Ze is weliswaar geen normatieve tekst doch verwoordt het kernprincipe van artikel 5 wet overheidsopdrachten 2006, namelijk de nood aan mededinging. “Het komt erop neer dat geen beroep kan gedaan worden op het facultatieve artikel 22 Overheidsopdrachtenwet 2006 indien zulks maakt dat er maar één kandidaat ontvankelijk kan inschrijven.”

Beoordeling

12. Het feit dat slechts één van de twee inschrijvers werd geselecteerd, toont op zich niet aan dat de voorgeschreven mededinging in artikel 5 wet overheidsopdrachten 2006 werd verstoord. De verwerende partij heeft de opdrachten behoorlijk bekendgemaakt.

De handleiding van het agentschap Facilitair Bedrijf, mocht ze al de draagwijdte hebben die de verzoekende partij eraan geeft en aldus ruimer zijn dan het voornoemde artikel 5, heeft geen normatieve waarde.

Het vierde subonderdeel wordt verworpen.

Vijfde subonderdeel

13. In haar laatste memorie doet de verzoekende partij afstand van dit subonderdeel.

B. Tweede middelonderdeel

Uiteenzetting van het tweede middelonderdeel

14. De verzoekende partij voert het volgende aan:

“De opdrachten zouden ongetwijfeld toegewezen zijn aan verzoekende partij i.p.v. aan Aralea vzw, minstens verloor zij een kans op gunning. Onder hoofdstuk A werd aangetoond dat de offertes van verzoekende partij ten onrechte geweerd werden. Daardoor dienen ook de tweede en derde bestreden beslissing[...] [te] worden vernietigd nu verzoekende partij zonder meer kansrijk was om gekozen te worden als meest gunstige inschrijver, zouden haar offertes niet als onregelmatig geweerd geweest zijn. In dit verband benadrukt verzoekende partij dat er voor beide percelen maar 2 enkele kandidaten waren, met name Aralea vzw en verzoekend[e] partij.

De gunningscriteria voor beide percelen van de opdracht waren prijs (gewicht: 800) en werkprogramma (gewicht: 200).

Nu voor het eerste perceel de prijs van verzoekende partij beduidend lager lag dan deze van Aralea vzw (383 328 euro tegenover 441 988,80 euro) zou, indien haar offerte regelmatig was bevonden, de opdracht toegekend geweest zijn aan verzoekende partij.

Voor het tweede perceel diende zij een offerte in waarvan de prijs weliswaar iets hoger lag dan deze van Aralea vzw (33 940,50 euro tegenover 27 055,6 euro), doch zij kon dit nog goedmaken door een betere score te behalen op het gunningscriterium ‘werkprogramma’. De offerte van verzoekende partij is niet meegenomen in de berekening zodat niet kan bewezen worden dat de opdracht aan verzoekende partij had moeten toegewezen worden.

Slotsom is dat ook de tweede en de derde bestreden beslissing[...] onwettig zijn.”

Beoordeling

15. Aangezien uit de beoordeling van het eerste middelonderdeel blijkt dat de verzoekende partij niet heeft aangetoond dat zij ten onrechte niet werd geselecteerd, is het tweede middelonderdeel gericht tegen de gunning aan de vzw Aralea en tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, niet ontvankelijk. De beslissing tot niet-selectie van de verzoekende partij is definitief zodat zij in elk geval niet meer in aanmerking kan komen voor de gunning van de opdracht.

V. Vordering tot schadevergoeding tot herstel

16. Aangezien er geen onwettigheid wordt vastgesteld, is er geen grond om de eis tot betaling van een schadevergoeding te beoordelen.

VI. Kosten

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De Raad van State wijst het verzoek tot schadevergoeding tot herstel af.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Het onverschuldigde recht in verband met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel, begroot op 200 euro, dient aan de verzoekende partij te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 november 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest