RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 243.568 van 31 januari 2019
in de zaak A. 227.114/XII-8671

In zake: de BVBA-VSO VAZI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters

tegen:

de CVBA INTERGEMEENTELIJKE MAATSCHAPPIJ VOOR OPENBARE GEZONDHEID IN ZUID-WEST-VLAANDEREN (IMOG)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Astrid Versmisssen
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de VZW KRINGLOOPCENTRUM ZUID-WEST-VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Garsse en Simon Verhoeven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Prins Boudewijnlaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 december 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

‡DBBTMDJAC-BDGDAAV‡

"[h]et besluit van de raad van bestuur van de Intergemeentelijke Maatschappij voor Openbare Gezondheid in Zuid-West-Vlaanderen (afgekort IMOG) van 18 december 2018, waarbij de verzoekende partij VAZI bvba-VS0 voor het Perceel 2 'Inzameling textielafval voorbehouden opdracht' van de concessie voor diensten met als voorwerp 'Inzameling Textielafval' niet wordt geselecteerd en waarbij dit Perceel 2 gegund wordt aan de vzw Kringloopcentrum Zuid-West Vlaanderen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 14 januari 2019 heeft de vzw Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 januari 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bettina Poelemans, Kris Wauters en Sophie Bleux, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Steven Van Garsse en Alexander Verschave, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

‡DBBTMDJAC-BDGDAAV‡

III. Feiten

3.1. De verwerende partij is een intergemeentelijk samenwerkingsverband. Zij staat in voor de preventie, de inzameling en de eindverwerking van huishoudelijk afval in de elf steden en gemeenten die tot haar werkingsgebied behoren. Zij is daarbij ook bevoegd voor de inzameling van textielafval via containerparken, huis-aan-huisinzameling en textielcontainers en de daarop betrekking hebbende procedures tot mededinging; in dit kader schrijft zij een concessie voor diensten uit.

3.2. Op 18 september 2018 keurt de verwerende partij het bijzonder bestek 2018/004 voor deze concessie goed. Het voorwerp wordt er als volgt omschreven:

> "De concessie omvat de inzameling van textiel door middel van textielcontainers en huis-aan-huisophaling op het werkingsgebied van IMOG (…). De concessie omvat ook de sortering en verder bestemming zoals omschreven onder de technische bepalingen IV.
> De concessiegever bepaalt het aantal en de locatie van de standplaatsen waar de concessiehouders textielcontainers mogen plaatsen.
> De concessie wordt onderverdeeld in 2 percelen:
> Perceel 1: 95 standplaatsen voor reguliere inzamelaars
> Perceel 2: 79 standplaatsen en de huis-aan-huisophaling (1 keer per jaar) voorbehouden aan inzamelaars die overeenkomstig artikel 33 van de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten beschermde werkplaatsen zijn of ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen tot hoofddoel hebben en waarvan het werknemersbestand voor ten minste dertig procent uit personen met een handicap of kansarme werknemers bestaat.
>
> Aan een inschrijver en zijn eventuele onderaannemers kan slechts één perceel worden gegund. De inschrijver mag slechts een offerte voor één perceel indienen."

Wat het voorbehouden perceel 2 betreft, wordt in het bestek bepaald:

> "II. 2 Perceel 2: voorbehouden concessie

In overeenstemming met artikel 33 van de Concessiewet van 17 juni 2016, wordt de toegang tot de plaatsingsprocedure voor het perceel 2 van deze concessie voorbehouden aan beschermde werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen tot hoofddoel hebben.

(i) Voorwaarden

Onverminderd punt II. 1 van dit bestek, moet de inschrijver, teneinde aan de plaatsingsprocedure voor het perceel 2 van deze concessie te kunnen deelnemen, aan volgende cumulatieve voorwaarden voldoen:

1° de inschrijver dient een onderneming in de zin van artikel 33 van de Concessiewet van 17 juni 2016 te zijn, i.e. een beschermde werkplaats of een onderneming waarvan het hoofddoel bestaat in de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen.
Voor het Vlaamse Gewest gaat het, onder meer, om volgende sociale economieondernemingen:

- De sociale werkplaatsen zoals bedoeld in het decreet van 14 juli 1998 inzake sociale werkplaatsen; en
- De beschutte werkplaatsen zoals bedoeld in artikel 79 van het decreet van 23 december 2005 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2006; en
- De maatwerkbedrijven zoals bedoeld in het decreet van 12 juli 2013 betreffende maatwerk bij collectieve inschakeling.

Overeenkomstige ondernemingen kunnen aan de plaatsingsprocedure voor het perceel 2 van deze concessie deelnemen op voorwaarde dat zij aantonen dat zij aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen.

2° de inschrijver dient een werknemersbestand te hebben dat voor minstens 30% uit personen met een handicap of kansarme werknemers bestaat.
Kunnen bijvoorbeeld als kansarme werknemers worden beschouwd:

- Wegens hun leeftijd moeilijk inzetbare werkzoekenden (bv. jonger dan 24 jaar of ouder dan 50 jaar);
- Moeilijk te plaatsen werkzoekenden;
- Leden van achtergestelde minderheden; en
- Leden van maatschappelijk gemarginaliseerde groepen.

(ii) Bewijsmiddelen

De inschrijver toont aan dat hij aan de bovenvermelde voorwaarden voldoet door de hiernavolgende documenten en inlichtingen bij zijn offerte te voegen:

a) Een document uitgaande van de bevoegde overheid, waaruit blijkt dat de organisatie van de inschrijver één van de officiële erkenningen als sociale economieonderneming heeft zoals hierboven vermeld. Overeenkomstige ondernemingen kunnen met de geijkte documenten aantonen dat ze aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen.

b) Voor zover uit de voorgelegde erkenning niet blijkt dat het werknemersbestand van de organisatie van de inschrijver voor minstens 30% uit personen met een handicap of kansarme werknemers bestaat: een beschrijving van het werknemersbestand van de organisatie van de inschrijver, waarin opgave wordt gedaan van:

- Het totale aantal tewerkgestelde werknemers;
- Het aantal tewerkgestelde werknemers met een handicap; en
- Het aantal tewerkgestelde kansarme werknemers.

De inschrijver voegt, in dat geval (i.e. het geval waarin de erkenning onvoldoende aanwijzingen inhoudt), bij zijn offerte documenten uitgaande van de bevoegde overheidsinstantie(s), waarin het profiel van de opgegeven werknemers met een handicap en/of kansarme werknemers wordt geattesteerd (bv. attest van de VDAB, van het Directie-generaal personen met een handicap, van een erkende psychiatrische voorziening, … waaruit blijkt dat deze werknemers aan het bewuste profiel beantwoorden).”

De concessie wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 20 september 2018.

3.3. De verzoekende partij dient een offerte in voor het perceel 2.

3.4. Op 13 december 2018 wordt een gunningsverslag opgesteld waarin wat de offerte van de verzoekende partij betreft, onder meer het volgende wordt vermeld:

“Perceel 2: Bijkomende ontvankelijkheidsvoorwaarde.
Er worden in het bestek 2 afzonderlijke ontvankelijkheidsvoorwaarden gesteld, nl. het zijn van een sociale economieonderneming (sociale economiebedrijf) én de vereiste dat 30% van het werknemersbestand bestaat uit personen met een handicap of kansarme werknemers.
De in artikel 2.2 (i), 1° bedoelde sociale economiebedrijven zijn allen gereglementeerd, hetgeen betekent dat er geen andere sociale economiebedrijven in Vlaanderen actief kunnen zijn dan diegene die gereglementeerd zijn. Indien in het bestek in artikel 11.2.2, 2°, (ii), a) sprake is van ‘overeenkomstige ondernemingen’, dan heeft zulks

betrekking op ondernemingen uit andere landen of regio's. Anders oordelen zou een vrijgeleide zijn voor onwettig handelen.

o De offerte van VAZI is kennelijk onontvankelijk.

Immers doet VAZI beroep op 2 onderaannemers die niet beantwoorden aan de voorwaarden zoals vermeld onder punt 11.2. perceel 2: toegangsreservatie.

Recutex is niet erkend als sociale economiebedrijf want niet terug te vinden in de Databank Sociale Economie: https://www.socialeeconomie.be/databank. Er worden geen 'geijkte documenten' aangebracht waaruit blijkt dat zij vergelijkbaar is met een sociale economieonderneming. Ze beantwoordt evenmin aan de 30%-regel, minstens is daarvan geen bewijs.

Victrans brengt weliswaar informatie aan waaruit zou blijken dat tenminste 30% van het werknemersbestand bestaat uit personen met een handicap of kansarme werknemers. Ze is evenwel niet erkend als sociale economiebedrijf want niet terug te vinden in de Databank Sociale Economie: https://www.socialeeconomie.be/databank. Er worden geen 'geijkte documenten' aangebracht waaruit blijkt dat zij vergelijkbaar is met een sociale economieonderneming.

Ook VAZI zelf heeft geen officiële erkenning als sociale economiebedrijf voorgelegd. Ze is niet terug te vinden in de Databank Sociale Economie: https://www.socialeeconomie.be/databank. Er worden geen 'geijkte documenten' aangebracht waaruit blijkt dat zij vergelijkbaar is met een sociale economieonderneming."

3.5. Bij beslissing van 18 december 2018 gunt de verwerende partij perceel 1 van de opdracht aan Hulpzorg Comm. V. en perceel 2 aan de vzw Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen.

Bij brief van 19 december 2018 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de gunningsbeslissing met het bijhorende gunningsverslag dat integraal deel uitmaakt van de bestreden gunningsbeslissing. In deze brief wordt ook verwezen naar de procedures van de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' (hierna: de rechtsbeschermingswet).

‡DBBTMDJAC-BDGDAAV‡

IV. Tussenkomst

4. De vzw Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Haar verzoek tot tussenkomst wordt ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5.1. De verzoekende partij dient op 23 januari 2019, dit is twee dagen vóór de terechtzitting, een nota in met aanvullende argumentatie in antwoord op de nota van de verwerende partij en het verzoekschrift van de tussenkomende partij. Voorts voegt zij er de nieuwe stukken 11 tot 23 bij.

5.2. Wat de nadere argumentatie betreft, wordt er met de nota slechts rekening gehouden in de mate dat ze de neerslag vormt van wat de verzoekende partij ter terechtzitting heeft gepleit.

Wat de nieuwe stukken betreft, wordt er hierna bij de bespreking van de middelen, voor zover als nodig, standpunt ingenomen.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VII. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2.1. In het bijzonder bestek 2018/004 wordt onder de titel " I.4 Toepasselijke regelgeving" vermeld:

> "Op deze concessie zijn o.a. toepasselijk:
> a) Wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten […]
> b) Koninklijk besluit van 25 juni 2017 betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten […]
> c) Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies […]
> […]"

Ook in de voormelde kennisgevingsbrief van 19 december 2018, verwijst de verwerende partij naar de artikelen 29, § 1, 14, 15, 23 en 24 van de rechtsbeschermingswet.

In beginsel zijn de artikel 15, 23 en 24 van de rechts-beschermingswet overeenkomstig artikel 29/2 van dezelfde wet slechts van toepassing op concessies die de Europese drempelwaarde van 5.548.000 euro bereiken, die overigens ook de drempelwaarde is voor het toepassingsgebied van de wet van 17 juni 2016 'betreffende de concessieovereenkomsten' (hierna: de concessiewet) en het koninklijk besluit van 25 juni 2017 'betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten' (hierna: het concessiebesluit).

De verwerende partij heeft nagelaten een raming op te stellen maar heeft de rechtsbeschermingswet in het bestek opgenomen als toepasselijke wetgeving; zij heeft de concessie wel niet Europees bekendgemaakt.

7.2.2. Te dezen mag, wat de schorsingsvoorwaarden van de vordering betreft, worden aangenomen dat de verwerende partij zich in elk geval vrijwillig onder het toepassingsgebied van de rechtsbeschermingswet heeft geplaatst. Voorts lijkt te mogen worden aanvaard dat bij gebreke aan raming door de verwerende

partij, zeker vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming voor de rechtszoekende, de rechtsbeschermingswet wat plichten van de verwerende partij betreft, mag worden toegepast. In het andere geval lijkt het nalaten van het ramen het van de verwerende partij te laten afhangen of de rechtsbeschermingswet alzo van toepassing is.

Conclusie is dan ook dat mag worden aangenomen dat te dezen de rechtsbeschermingswet van toepassing is.

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

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 beslissing kunnen verantwoorden.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de Europees-rechtelijke beginselen inzake de eerlijke mededinging, de gelijke behandeling, non-discriminatie en de eruit voortvloeiende transparantieplicht, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en de eruit afgeleide beginselen inzake gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieplicht, artikel 159 van de Grondwet, de artikelen 24, 25, § 1, 33, 46, § 1, 48, 49 en 50 tot en met 54 van de concessiewet, de artikelen 31 tot en met 37 en 42 van het concessiebesluit, het beginsel van de effectieve mededinging, het evenredigheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en de materiëlemotiveringsplicht.

Zij vat haar middel als volgt samen:

"Doordat de verwerende partij beslist om de verzoekende partij voor perceel 2 niet te selecteren, om reden (1) dat de verzoekende partij geen officiële erkenning als sociale economiebedrijf in Vlaanderen heeft voorgelegd en ook niet is terug te vinden in de Databank Sociale Economie, en ze ook geen 'geijkte documenten' heeft aangebracht waaruit blijkt dat zij een 'overeenkomstige onderneming' is uit andere landen of andere regio's die vergelijkbaar is met een sociale economieonderneming, alsook om reden (2) dat de verzoekende partij beroep doet op twee onder-aannemers, nl. Recutex en Victrans, die ook niet beantwoorden aan de voorwaarden zoals vermeld in het bestek onder punt II,2 perceel 2: toegangsreservatie, want beide ondernemingen niet erkend zijn als Vlaams sociale economiebedrijf noch terug te vinden zijn in de Databank Sociale Economie en evenmin geijkte documenten worden aangebracht waaruit blijkt dat zij 'overeenkomstige ondernemingen' uit andere landen of andere regio's vergelijkbaar met een sociale economieonderneming zijn, en Recutex bovendien ook niet beantwoordt aan de vereiste dat 30% van het werknemersbestand bestaat uit personen met een handicap of kansarme werknemers;
Dat de verwerende partij zelf in het bestek heeft opgelegd dat de bepalingen van de concessiewet en van het concessie-KB van toepassing zijn op de betrokken concessie;
Terwijl, eerste onderdeel de voorwaarden voor de toegang tot de plaatsingsprocedure voor het voorbehouden perceel 2 te onderscheiden zijn van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve selectiecriteria; dat de toegangsvoorwaarden voor de voorbehouden concessie/het voorbehouden perceel bepaald zijn in artikel 33 Concessiewet, terwijl de uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie-eisen bepaald zijn in de artikelen 45, § 1, 48, 49, 50 t.e.m. 54 van de Concessiewet en de artikelen 37, 42 en 31 t.e.m. 36 van het Concessie-KB; dat de finaliteit van de uitsluitings- en selectiecriteria is om na te gaan of de inschrijvers respectievelijk betrouwbaar zijn dan wel over de vereiste beroeps-bekwaamheid, technische bekwaamheid en economische en financiële draagkracht beschikken om de uitvoering van de concessie tot een goed einde te brengen, terwijl de voorwaarden van toegang tot de voorbehouden concessie/het voorbehouden perceel in de zin van artikel 33 Concessiewet daar geen uitstaans mee hebben en aldus het niet voldoen aan die laatste voorwaarden niet wettig kan leiden tot de niet-selectie van de inschrijver;
Terwijl, tweede onderdeel, artikel 33 concessiewet noch de besteks-bepalingen onder punt II.2 perceel 2: voorbehouden concessie, bepalen dat, indien de inschrijver een Vlaamse onderneming is, deze enkel toegang zou hebben tot de voorbehouden concessie/het voorbehouden perceel indien ze een gereglementeerd sociaal economiebedrijf zou zijn en dat overeen-komstige ondernemingen enkel ondernemingen kunnen zijn uit andere landen of regio's; dat de verwerende partij op grond van het legaliteitsbeginsel niet de mogelijkheid heeft om zelf voorwaarden toe te

‡DBBTMDJAC-BDGDAAV‡

voegen aan de wettelijk voorziene voorwaarden en deze bijkomende door de verwerende partij gestelde voorwaarde aldus onwettig is; dat deze bijkomende voorwaarde tevens niet is voorzien in het bestek en de verwerende partij op grond van het legaliteitsbeginsel en de *patere-legem* plicht rekening dient te houden met de bepalingen van het door haar vastgestelde toepasselijke bestek en de regels die zij zichzelf oplegt moet respecteren;
Terwijl, derde onderdeel, overeenkomstig de artikelen 49 en 50 t.e.m. 54 van de Concessiewet en de artikelen 42 en 31 t.e.m. 36 van het Concessie-KB derden of onderaannemers, op wiens draagkracht de inschrijver beroep doet om te voldoen aan de kwalitatieve selectie-voorwaarden, enkel moeten voldoen aan de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden, doch geenszins aan de toegangsvoorwaarden inzake voorbehouden concessies in de zin van artikel 33 Concessiewet; dat de verwerende partij zich ook niet kan beroepen op de besteksbepaling volgens dewelke de onderaannemers, op wiens draagkracht dan wel voor de uitvoering van de concessie de inschrijver beroep doet, moeten voldoen aan de voorwaarden van de toegangsreservatie voor dit perceel, aangezien de besteksvoorwaarde onwettig is, want een onwettige bijkomende drempel in het kader van de selectiefase en dus een onwettige beperking inhoudt van de effectieve mededinging en de gelijke behandeling en deze bepaling aldus met toepassing van artikel 159 Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten, minstens de gunningsbeslissing die steunt op een onwettige besteksbepaling aldus de materiële motiveringsplicht schendt want niet gesteund is op motieven die in rechte ter verantwoording van die beslissing in aanmerking kunnen worden genomen; dat de eindbeslissing onwettig is gezien ook de voorbeslissing tot vaststelling van de onwettige besteksbepaling, samenstellend deel van de complexe administratieve rechtshandeling, onwettig is; dat de verwerende partij overigens de gekozen inschrijver wel selecteert, niettegenstaande blijkens de beoordeling van diens offerte in het licht van het eerste gunningscriterium ‘verwerking en bestemming ingezameld textiel’ deze ook beroep doet op een regulier sorteerbedrijf als onderaannemer voor de uitvoering van de opdracht.”

Beoordeling

8.2. Wat het eerste middelonderdeel betreft, wordt in de kennisgevingsbrief weliswaar vermeld dat de verzoekende partij niet geselecteerd wordt, doch wordt in het gunningsverslag duidelijk gemaakt dat de verzoekende partij niet beantwoordt aan de bijzondere toegangsvoorwaarde van artikel 33 van de concessiewet. De verzoekende partij maakt niet duidelijk wat haar belang is bij het middelonderdeel, dat een terminologische kwestie van eventueel een verkeerd woordgebruik lijkt te betreffen, nu zij in het tweede en derde middelonderdeel laat

blijken de opvatting van de verwerende partij dat zij niet beantwoordt aan artikel 33 voornoemd, te begrijpen en volop te bekritiseren.

8.3. Wat het tweede middelonderdeel betreft, lijkt, voor de beoordeling ervan, vooralsnog niet vereist na te gaan of het bestek, al dan niet met toepassing van artikel 33 van de concessiewet, in die zin dient te worden begrepen dat slechts de in dit bestek vermelde drie categorieën van erkende sociale economieondernemingen in aanmerking mogen komen voor het voorbehouden perceel; de verzoekende partij beantwoordt naar eigen zeggen niet aan één van die categorieën.

De verzoekende partij lijkt immers niet aan te tonen dat zij zich hier nuttig beroept op de volgende besteksbepalingen, mocht zij er al een beroep mogen op doen:

> "Overeenkomstige ondernemingen kunnen aan de plaatsingsprocedure voor het perceel 2 van deze concessie deelnemen op voorwaarde dat zij aantonen dat zij aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen."

en

> "Overeenkomstige ondernemingen kunnen met de geijkte documenten aantonen dat ze aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen."

De verzoekende partij toont immers op het eerste gezicht niet aan dat zij aan "gelijkwaardige voorwaarden" voldoet als de voorwaarden die worden gesteld in de regelgevingen voor erkende ondernemingen waarnaar in het bestek wordt verwezen. Met de verwerende partij mag worden aangenomen dat daartoe de loutere opname door de verzoekende partij in haar statuten van het hoofddoel, namelijk de maatschappelijke, sociale en professionele integratie en/of re-integratie van gehandicapten en/of kansarmen zoals onder meer bepaalde soorten werklozen, leden van achtergestelde minderheden of andere maatschappelijk gemarginaliseerde groepen, op het eerste gezicht niet volstaat. Evenmin lijkt daartoe te volstaan dat in die statuten is opgenomen dat zij activeringsmogelijkheden zal aanbieden aan gehandicapten of kansarmen, noch

het feit dat zij de rechtsvorm heeft aangenomen van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid met een sociaal oogmerk. Minstens toont de verzoekende partij dit niet met de in het kader van deze procedure vereiste klaarblijkelijkheid aan.

Bijgevolg lijkt in de huidige stand van het geding te mogen worden aangenomen dat de verwerende partij te dezen terecht tot het besluit is gekomen dat de offerte van de verzoekende partij niet voldeed aan de toegangsvoorwaarden, onder meer omdat de verzoekende partij zelf geen officiële erkenning als sociale economiebedrijf heeft voorgelegd, noch geijkte documenten heeft aangebracht waaruit blijkt dat zij vergelijkbaar is met een sociale economieonderneming.

8.4. Wat het derde middelonderdeel betreft, lijkt dit zonder belang voor de verzoekende partij gelet op de beoordeling van het tweede middelonderdeel. Immers, ongeacht of de door de verzoekende partij voorgestelde onderaannemers voldoen aan de toegangsvoorwaarden voor het voorbehouden perceel, toont de verzoekende partij niet aan dat zijzelf ten onrechte niet als sociale economieonderneming door de verwerende partij werd aangezien.

In de mate dat de verzoekende partij opmerkt dat de gekozen inschrijver evenzeer een onderaannemer heeft voorgesteld die geen sociale economieonderneming zou zijn, en aldus zou opmerken dat de offerte van de gekozen inschrijver om die reden diende te worden geweerd, mag worden volstaan met de vaststelling dat op het eerste gezicht de gekozen inschrijver, noch formeel, noch inhoudelijk, zo lijkt, een beroep doet op een onderaannemer.

8.5. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.6. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 26, 46, § 1, 2°, 48 en 50 tot en met 52 van de concessiewet, de artikelen 31 tot en

met 33 en 35, 37 en 39 tot en met 41 van het concessiebesluit, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en artikel II, 1.3. van het bestek, alsook het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, het artikel 4, eerste lid, 8°, en artikel 5, 6°, van de rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen', het beginsel van de effectieve mededinging, in samenhang genomen met het gelijkheids- en transparantiebeginsel en het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij vat haar middel als volgt samen:

> "Doordat de verwerende partij besliste de opdracht voor wat betreft perceel 2 te gunnen aan vzw Kringloopcentrum Zuid-West Vlaanderen zonder te hebben nagegaan of deze zich niet bevindt in één van de verplichte of facultatieve uitsluitingsgronden en of deze wel voldoet aan de selectievoorwaarden die door de verwerende partij in het bestek zijn vastgesteld;
> Terwijl, eerste onderdeel, de verwerende partij op grond van artikel 46, § 1, 2° en 3° [van de concessiewet] de concessie slechts kan gunnen mits de inschrijver voldoet aan de selectievoorwaarden die door de aanbesteder in het concessiedocument zijn vastgesteld overeenkomstig artikel 48 Concessiewet en niet is uitgesloten van deelname aan de plaatsingsprocedure krachtens de artikelen 50 tot 52 van de Concessiewet welke de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden bepalen;
> Dat overeenkomstig artikel 35 Concessie-KB de aanbesteder voor de gunning van de concessie ter bewijs voor de afwezigheid van uitsluitingsgronden tenminste de verklaringen nagaat vervat in het DVB in hoofde van de voorgenomen inschrijver;
> Dat ook het bestek op pag. 14 bepaalt dat de verwerende partij, voorafgaand aan het nemen van de gunningsbeslissing, de inschrijvers aan wie zij voornemens is de percelen te gunnen, zal verzoeken om onverwijld de actuele ondersteunende documenten voor te leggen die aantonen dat zij zich niet in één van de gevallen van uitsluiting bevinden en dat zij aan de kwalitatieve selectiecriteria voldoen;
> Dat aldus de in het middel aangehaalde artikelen en het *patere legem* beginsel (want de toepasselijke besteksbepalingen en de daarin ook toepasselijk verklaarde Concessiewet en Concessie-KB) zijn geschonden;
> Terwijl, tweede onderdeel, moet worden vastgesteld dat zich een belangenconflict voordoet in de zin van artikel 26 Concessiewet, nu mevrouw [X], voorzitter van de Raad van Bestuur van de gekozen inschrijver vzw Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen, tevens directeur financiën is bij de verwerende partij en lid van haar directiecomité en zij aanwezig was op alle directiecomités van de verwerende partij waar de textielafvalinzameling de laatste jaren ter sprake kwam, waaronder het

‡DBBTMDJAC-BDGDAAV‡

directiecomité van 5 december 2018 alsook aanwezig was op de raad van bestuur van 18 december 2018 die de betrokken gunningsbeslissing heeft genomen;
Dat de verwerende partij op grond van artikel 26, § 1 van de Concessiewet de nodige maatregelen moet treffen om tijdens de plaatsing en de uitvoering van de concessie belangenconflicten doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vertekening van de mededinging te vermijden, de gelijke behandeling van alle ondernemers te waarborgen en de transparantie van de plaatsingsprocedure te waarborgen;
Dat op grond van artikel 52, 2° Concessiewet de aanbesteder een inschrijver dient uit te sluiten ingeval een belangenconflict niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen;
Dat de beoordeling dat er geen passende en minder ingrijpende maatregelen voorhanden zijn, moet gebeuren met de vereiste zorgvuldigheid en redelijkheid en bovendien moet berusten op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven; dat de aanbestedende overheid formeel moet motiveren waarom het haar inziens gaat om een situatie van belangenconflict;
Dat uit het gunningsverslag niet blijkt dat de verwerende partij is overgegaan tot onderzoek van de belangenvermenging, noch heeft zij de nodige maatregelen genomen om het belangenconflict op te lossen, noch is zij nagegaan of er geen passende en minder ingrijpende maatregelen voorhanden zijn om het belangenconflict op te lossen;
Dat de offerte van Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen aldus diende te worden uitgesloten van de concessie;
Dat IMOG door op dergelijke wijze te handelen de artikelen 26 en 52, 5° van de Concessiewet, het beginsel van de vrije mededinging in samenhang gelezen met het gelijkheids- en transparantiebeginsel, het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, alsook de formele motiveringsplicht schendt."

In het eerste middelonderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat uit de bestreden beslissing niet blijkt dat voldoende werd onderzocht of de gekozen inschrijver voldeed aan de vereisten inzake de uitsluitingsgronden en inzake de selectievoorwaarden. Ook al zou de verwerende partij de gekozen inschrijver voorlopig hebben geselecteerd op grond van de verklaringen in zijn DVB – document van voorlopig bewijs – dan nog blijkt volgens de verzoekende partij niet dat de verwerende partij alvorens over te gaan tot de gunning de verklaringen in het DVB heeft gecontroleerd.

In het tweede middelonderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat uit het gunningsverslag niet blijkt dat de verwerende partij met betrekking tot de offerte van de gekozen inschrijver is overgegaan tot een

onderzoek van de belangenvermenging in hoofde van mevrouw X. Evenmin blijkt dat de verwerende partij volgens de verzoekende partij de nodige maatregelen heeft genomen om het belangenconflict op te lossen, noch heeft zij nagegaan of er geen passende en minder ingrijpende maatregelen voorhanden zijn om het belangenconflict op te lossen.

Beoordeling

8.7. De verzoekende partij lijkt belang te hebben bij het middel dat de gekozen inschrijver viseert, omdat de gekozen inschrijver volgens de bestreden beslissing, wat perceel 2 betreft, de enige inschrijver is die aan de toegangsvoorwaarden voldoet, geselecteerd is en een reglementaire offerte heeft ingediend.

8.8. Wat het eerste middelonderdeel betreft, wordt met betrekking tot het onderzoek van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve selectie van de inschrijvers in het gunningsverslag vermeld dat alle inschrijvers het document van voorlopig bewijs hebben toegevoegd; vervolgens wordt met betrekking tot twee inschrijvers de redenen weergegeven waarom zij niet voldoen aan de toegangsvoorwaarden voor het voorbehouden perceel 2; ten slotte wordt besloten dat voor de twee percelen samen vier inschrijvers worden geselecteerd, waaronder de gekozen inschrijver.

Deze weerslag in het gunningsverslag, die weliswaar bondig is wat het gevoerde onderzoek inzake de uitsluitingsgronden en selectiecriteria betreft, lijkt afdoende wanneer de verwerende partij van oordeel is dat voldaan is aan de selectiecriteria en de betrokken inschrijver zich in geen van de omstandigheden bevindt die leiden tot uitsluiting. Minstens toont de verzoekende partij niet aan dat er te dezen omstandigheden voorhanden waren die aanleiding gaven tot een ruimere motiveringsverplichting. De verzoekende partij toont niet aan dat het selectie-onderzoek niet met de nodige zorgvuldigheid zou zijn gebeurd.

In ieder geval blijkt uit de stukken van het administratief dossier onder meer dat de gekozen inschrijver op het eerste gezicht een volledig ingevuld DVB bij zijn offerte heeft gevoegd, dat de verwerende partij bijkomende

documenten opvroeg via Telemarc inzake de uitsluitingsgronden, dat voor bijvoorbeeld de vereiste registraties bij OVAM de link werd meegedeeld waar de betreffende stukken via internet konden worden geraadpleegd en dat de vereiste financiële gegevens bij de offerte werden gevoegd. Voorts bevatte de offerte van de gekozen inschrijver uitgebreide informatie omtrent de toegangsvereisten inzake de voorbehouden concessie.

Er mag dan ook worden besloten dat de verzoekende partij niet aantoont dat er te dezen geen zorgvuldig onderzoek zou zijn gebeurd van de inschrijving van de gekozen inschrijver wat de toegangsvoorwaarden en de selectievereisten betreft.

8.9. Wat het tweede middelonderdeel betreft, blijkt uit de notulen van de beraadslaging van de raad van bestuur van de verwerende partij van 18 december 2018, zoals neergelegd in het administratief dossier en datum waarop de bestreden beslissing werd genomen, dat mevrouw X de vergadering heeft verlaten alvorens het agendapunt inzake de kwestieuze concessie werd behandeld. Zo ook was dit het geval voor het directiecomité van de verwerende partij van 18 december 2018 waarop werd beslist het gunningsverslag voor goedkeuring voor te leggen aan de raad van bestuur. De verzoekende partij legt bij haar verzoekschrift, zo lijkt, geen afdoend draagkrachtige stukken voor, zoals notulen, waaruit zou blijken dat mevrouw X heeft deelgenomen aan vergaderingen van het directiecomité waarop agendapunten inzake de kwestieuze concessie werden behandeld, wat zij nochtans oppert.

De verzoekende partij heeft met haar nota van 23 januari 2018, waarvan sprake *sub* 5.1., de nieuwe stukken 12 tot en met 14 bijgebracht. Ze zijn te laat in het debat gebracht want ze konden bij het verzoekschrift zijn gevoegd.

Ten overvloede lijkt hier ook te mogen worden vermeld dat mevrouw X volgens de verwerende partij hoe dan ook geen stemrecht heeft in de raad van bestuur.

8.10. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

8.11. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 46, § 1, 1°, van de concessiewet, artikel 30 van het concessiebesluit, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en artikel II, 4. van het bestek, artikel 4, eerste lid, 8°, en artikel 5, 8°, van de rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991 en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij vat het middel als volgt samen:

> "Doordat de verwerende partij de offerte van de voor perceel 2 gekozen inschrijver vzw Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen regelmatig verklaart, waarbij het verslag van nazicht ter zake het regelmatigheids-onderzoek van de offertes enkel een tabel bevat met daarin enkel de vragen 'substantiële onregelmatigheden?' en 'niet-substantiële onregelmatig-heden?' op welke beide vragen voor de betrokken inschrijver louter 'nee' wordt geantwoord;
> Terwijl overeenkomstig artikel 46, § 1, 1° Concessiewet de aanbesteder dient na te gaan of de offerte regelmatig is en met name voldoet aan de minimumeisen die zijn vastgesteld in de concessiedocumenten, met name op technisch, materieel, functioneel of juridisch vlak, en overeenkomstig artikel 30 Concessie-KB de aanbesteder dient na te gaan of de offertes regelmatig zijn, waarbij o.a. de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, van de vereisten bedoeld in de artikelen 18, 23, 24 of 27 Concessie-KB voor zover zij verplichtingen bevatten t.a.v. de inschrijver en van de minimale eisen en de in de concessiedocumenten als substantieel aangemerkte vereisten als substantiële onregelmatigheden worden beschouwd;
> Dat de aanbesteder verplicht is zorgvuldig te werk te gaan bij het onderzoek van de regelmatigheid en alle aspecten van zowel formele als materiële regelmatigheid grondig dient te onderzoeken; dat de bestreden beslissing teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing tot regelmatigverklaring ten grondslag liggen en die motivering afdoende moet zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt."

‡DBBTMDJAC-BDGDAAV‡

Beoordeling

8.12. De verzoekende partij lijkt belang te hebben bij het middel om de reden vermeld *sub* 8.7.

8.13. In het gunningsverslag wordt met betrekking tot het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes vermeld:

> "4. Regelmatigheidsonderzoek van de offertes van geselecteerde inschrijvers
>
> | Nr. | Naam | Substantiële onregelmatigheden | Niet-substantiële onregelmatigheden |
> |---|---|---|---|
> | […] | | | |
> | Perceel 2 (inzameling textielafval voorbehouden opdracht) | | | |
> | 2 | Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen vzw | Nee | Nee |
>
> Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen
> […]
> Gelet op het voorwerp van de opdracht waarbij IMOG niet moet betalen, maar krijgt, gelet op ongekende reële waarde van het textielafval en gelet op het feit dat de prijzen van alle ontvankelijke offertes boven of onder de 15% drempel uitkomen, worden alle offerteprijzen zonder verder onderzoek aanvaard."

Op het eerste gezicht blijkt uit het gunningsverslag op afdoende wijze dat een regelmatigheidsonderzoek werd gevoerd. Voorts blijkt uit de weergegeven resultaten van dit onderzoek dat er zich geen regelmatigheids-problemen stelden met betrekking tot de ingediende offertes. De verzoekende partij toont in die omstandigheden niet aan dat de verwerende partij meer diende te motiveren in de bestreden beslissing dan zij te dezen heeft gedaan. Op het eerste gezicht maakt de verzoekende partij ook niet voldoende duidelijk hoe de vraag of de gekozen inschrijver een aparte boekhouding voert en haar 'transparantie-verplichtingen' naleeft, betrekking heeft op de offerte zelf die door de gekozen inschrijver voor deze concessie werd ingediend en dus op de regelmatigheid van deze offerte.

8.14. Het middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

8.15. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 24 en 55 van de concessiewet, de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, het transparantie-, het gelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel.

Zij vat haar middel als volgt samen:

> "Doordat de verwerende partij beslist de opdracht voor wat betreft perceel 2 te gunnen aan de vzw Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen daar zij de economisch meest voordelige offerte zou hebben ingediend;
> Terwijl, eerste onderdeel, de aanbesteder op grond van artikel 55 Concessiewet de concessie gunt aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte op basis van de in het bestek vastgestelde gunningscriteria die moeten voldoen aan de o.m. in artikel 24 Concessiewet genoemde beginselen;
> Dat teneinde de economisch meest voordelige offerte vast te stellen de aanbesteder dient over te gaan tot een daadwerkelijke en onderlinge vergelijking van de offertes, wat in deze niet gebeurde nu voor elk gunningscriterium enkel per inschrijver een individuele en bovendien heel korte beschrijving wordt gegeven van diens offerte, doch niet wordt overgegaan tot de volgende rechtens vereiste beoordelingsstap, nl. een concrete evaluatie én vergelijking van hetgeen wordt aangeboden in de diverse offertes;
> Dat daarenboven geheel onduidelijk is op welke wijze minstens vier van de vijf gunningscriteria worden beoordeeld, nu het verslag van nazicht, behoudens voor het vierde gunningscriterium 'tewerkstelling van kansarme personen bij de uitvoering van de concessie' waar de beoordelingsmethodiek zoals aangekondigd in het bestek wordt gehanteerd (nl. de regel van drie) op geen enkele wijze verduidelijkt welke beoordelingsmethodiek is gebruikt en op welk wijze de loutere beschrijving van een aantal elementen uit de offertes de gegeven punten verantwoordt;
> Dat de verzoekende partij aldus niet kan nagaan op welke punten haar offerte in vergelijking met de overige offertes sterker of zwakker scoorde;
> Dat overeenkomstig artikel 4, lid 1, 8° juncto artikel 5, 9° Rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de formele motiveringswet in de gemotiveerde gunningsbeslissing de kenmerken en

‡DBBTMDJAC-BDGDAAV‡

de relatieve voordelen van de offerte van de gekozen inschrijver moeten blijken;
Dat aldus niet blijkt dat de offerte werd beoordeeld aan de hand van de vastgestelde gunningscriteria zoals vereist overeenkomstig artikel 55 Concessiewet, zodat deze bepalingen alsook het artikel 24 Concessiewet, het *patere legem*-beginsel (want de toepasselijke beteksbepalingen), het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de formele motiveringsplicht zijn geschonden;
Terwijl, tweede onderdeel, de verwerende partij voor vier van de vijf gunningscriteria geen beoordelingsmethodiek heeft vastgesteld voor de opening van de offertes, minstens geen aantoonbare redenen aanvoert waarom zij niet in de mogelijkheid zou geweest zijn deze voor de opening van de offertes vast te stellen, en aldus de verwerende partij het transparantiebeginsel, het *patere legem* beginsel alsook het artikel 24 Concessiewet niet heeft nageleefd."

Beoordeling

8.16. De verzoekende partij lijkt geen belang bij de beide middelonderdelen te hebben. Uit de beoordeling van het eerste middel blijkt dat de verzoekende partij niet aantoont dat zij ten onrechte werd beoordeeld als niet te voldoen aan de toegangsvoorwaarden inzake het voorbehouden deel 2. Het ernstig horen bevinden van haar kritiek bij de beoordeling van de offertes lijkt haar geen baat te brengen.

Het middel is niet ernstig.

IX. Besluit

9. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de vzw Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 31 januari 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Pierre Barra**

‡DBBTMDJAC-BDGDAAV‡