

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 243.581 van 31 januari 2019
in de zaak A. 227.158/XII-8679**

In zake: BVBA-VSO VAZI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA INTERGEMEENTELIJKE OPDRACHT-
HOUDENDE VERENIGING VOOR HUISVUIL-
VERWERKING MEETJESLAND
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Riet Straetmans
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 januari 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[h]et besluit van de Raad van Bestuur van de intergemeentelijke opdrachthoudende vereniging voor huisvuilverwerking meetjesland (IVM o.v.) van 18 december 2018 tot goedkeuring van het bijzonder bestek nr. 2018/40 ‘Raamovereenkomst voor diensten van inzameling en verwerking van textiel’ en de besteksbepalingen, waarvan verzoekende partij kennis kreeg naar aanleiding van de publicatie in het Bulletin der Aanbestedingen op 21 december 2018”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 januari 2019, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kris Wauters en advocaten Sophie Bleux en Jorien Van Belle, *loco* advocaat Kris Wauters, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Barteld Schutyser en Riet Straetmans, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest andersluidend 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. Op 16 oktober 2018 keurt de raad van bestuur van de verwerende partij het bestek nr. 2018/37 voor een raamovereenkomst voor diensten van inzameling en verwerking van textiel goed.

3.2. Op 18 december 2018 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij deze plaatsingsprocedure stop te zetten en de raamovereenkomst met een nieuwe plaatsingsprocedure opnieuw in de markt te plaatsen door de goedkeuring van een aangepast bestek nr. 2018/40. Die beslissing tot goedkeuring is het voorwerp van de voorliggende vordering.

3.3. Op 21 en 26 december 2018 wordt, respectievelijk, in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie een aankondigingsbericht betreffende de nieuwe plaatsingsprocedure gepubliceerd.

3.4.1. Paragraaf 1.2.1 van het bestek omschrijft het voorwerp van de raamovereenkomst:

“Het voorwerp van de raamovereenkomst bestaat uit de inzameling van textiel door middel van textielcontainers op het grondgebied van de deelnemende gemeenten, en de verwerking van het op die wijze ingezamelde textiel.”

3.4.2. Volgens paragraaf 1.2.2 van het bestek is de raamovereenkomst in drie percelen onderverdeeld:

“Perceel 1: 66 standplaatsen (min. 94 containers) verspreid over alle deelnemende gemeenten

Perceel 2A: 34 standplaatsen (min. 41 containers) verspreid over de gemeenten Assenede, Eeklo, Maldegem, Sint-Laureins, Waarschoot en Zomergem, voorbehouden aan een dienstverlener die overeenkomstig artikel 15 van de wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016 een sociale werkplaats is of een ondernemer die de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen tot doel heeft en waarvan het werknemersbestand voor ten minste dertig procent uit personen met een handicap of kansarme werknemers bestaat (zie paragraaf 2.2)

Perceel 2B: 36 standplaatsen (55 containers) verspreid over de gemeenten De Pinte, Evergem, Lovendegem, Nazareth, Sint-Martens-Latem en Zulte, voorbehouden aan een dienstverlener die overeenkomstig artikel 15 van de wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016 een sociale werkplaats is of een ondernemer die de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen tot doel heeft en waarvan het werknemersbestand voor ten minste dertig procent uit personen met een handicap of kansarme werknemers bestaat (zie paragraaf 2.2)

Het aantal standplaatsen dat, binnen elk perceel, door elke deelnemende gemeente is vastgesteld, is weergegeven in het overzicht in BIJLAGE 4 van dit bestek.”

In paragraaf 2.2 van het bestek worden de voorwaarden waaraan de inschrijvers moeten voldoen opdat ze een offerte voor de voorbehouden percelen 2A en 2B kunnen indienen, nader gepreciseerd:

“(i) Voorwaarden

Onverminderd paragraaf 2.1, moet de inschrijver, teneinde aan de plaatsingsprocedure voor het perceel 2A en/of het perceel 2B van deze raamovereenkomst te kunnen deelnemen, aan volgende cumulatieve voorwaarden voldoen:

1° de inschrijver dient een onderneming in de zin van artikel 15 van de overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016 te zijn, i.e. een sociale werkplaats of een onderneming waarvan het doel 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;
- 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.

Andere ondernemingen kunnen aan de plaatsingsprocedure voor het perceel 2A en/of het perceel 2B van deze raamovereenkomst deelnemen op voorwaarde dat zij aantonen dat zij aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen. Dit bewijs dient aan de hand van de geijkte documenten uitgaande van de bevoegde (privaat- of publiekrechtelijke) instantie(s) geleverd te worden.

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.”

3.4.3. Paragraaf 2.1.2 van het bestek omschrijft de kwalitatieve selectiecriteria.

3.4.4. Punt D van paragraaf 2.1.2 van het bestek bepaalt dat de inschrijvers zich in beginsel, met het oog op het voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria, op de economische en financiële draagkracht en de technische en

beroepsbekwaamheid van andere entiteiten kunnen beroepen, “[o]nder voorbehoud van wat in het hiernavolgende punt (ii)” is bepaald:

“(ii) Kritieke taken

In afwijking van wat in het voorgaande punt (i) is bepaald, zullen de diensten die specifiek op de inzameling van het textiel betrekking hebben rechtstreeks door de inschrijver zelf, of wanneer de offerte door een combinatie van ondernemers wordt ingediend, door een deelnemer aan die combinatie, moeten worden verricht.

De diensten die specifiek op de inzameling van het textiel betrekking hebben, zijn – binnen het kader van de concrete opdrachten die op basis van de raamovereenkomst geplaatst zullen worden – namelijk als kritieke taken te beschouwen. Deze diensten zijn van de diensten inzake de verwerking van het ingezamelde textiel te onderscheiden.

[...].”

3.4.5. Paragraaf 2.5.2 van het bestek bepaalt dat elk perceel van de raamovereenkomst zal worden gegund aan de inschrijver die, voor het betrokken perceel, de economisch meest voordelige regelmatige offerte heeft ingediend.

3.5. De offertes dienen uiterlijk op maandag 28 januari 2019 te worden ingediend.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties inzake belang uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het inwilligen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. 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.

6. Te dezen lijkt evenwel ook 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’ van toepassing.

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.

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.

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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de “Europeesrechtelijke beginselen inzake de eerlijke mededinging, de gelijke behandeling, non-discriminatie en de eruit voortvloeiende transparantieplicht”, de artikelen 4, 5 en 78 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 26 van het decreet van 23 december 2011 ‘betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen’, het evenredigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden doordat:

“Doordat de verwerende partij in de bestreden beslissing verbiedt om de inzameling, zijnde een kritieke taak volgens verwerende partij, te laten uitvoeren door een onderaannemer op wiens draagkracht beroep wordt gedaan door de inschrijver ;

Terwijl, inschrijvers op grond van artikel 78 van de overheidsopdrachtenwet het recht hebben om beroep te doen op een onderaannemer en diens draagkracht en dat dit recht slechts uitzonderlijk mag worden beperkt;

Dat als uitzondering een dergelijke beperking volgens artikel 78, lid 3 enkel toegelaten is wanneer de overheidsopdracht betrekking heeft op een kritieke taak en dat bovendien als uitzondering het begrip ‘kritieke taak’ restrictief moet worden uitgelegd; dat bovendien deze beperking conform het evenredigheidsbeginsel en het in het licht van het mededingingsbeginsel moet ingegeven zijn door een legitiem doel en moet in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstelling van de opdracht en zodoende niet verder mag reiken dan hetgeen noodzakelijk is om het legitieme doel te bereiken;

Dat op dit moment uit geen enkel stuk van het administratief dossier blijkt waarom de inzameling van textiel een kritieke taak zou zijn en dus de beslissing van verwerende partij om beroep te doen op deze uitzondering niet steunt op een draagkrachtig motief; dat er bijgevolg een schending is van de materiële motiveringsplicht;

Dat in casu de inzameling geen kritieke taak is die enkel rechtstreeks door de inschrijver kan worden uitgeoefend hetgeen blijkt uit het bestek zelf, de sector waarbinnen de overheidsopdracht plaatsvindt en de bekwaamheden van de onderaannemers; dat artikel 26 van het Materialendecreet het inzamelen van huishoudelijke afvalstoffen niet als een kritieke taak beschouwt; dat verwerende partij door dit in de bestreden beslissing alsnog te doen artikel 26 van het Materialendecreet schendt aangezien zij een karaktereigenschap aan de inzameling van textiel toevoegt, die niet terug te vinden is in de aangehaalde decreetsbepaling; dat zodoende de beperking niet ingegeven is door een legitiem doel;

Dat in casu dergelijk verbod bovendien ook onevenredig is en verder reikt dan hetgeen noodzakelijk is;

Dat het middel ernstig is.”

De verzoekende partij verklaart een onderneming te zijn in de zin van artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 en geïnteresseerd te zijn om in te schrijven voor de percelen 2A en 2B. Zij verklaart daarbij de bedoeling te hebben zelf in te staan voor de verwerking van ingezameld textiel. Echter, voor het inzamelen van textiel en om te voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria, in het bijzonder wat de technische bekwaamheid betreft inzake het inzamelen, verklaart

de verzoekende partij een beroep te moeten doen op de draagkracht van de bvba Victrans als onderaannemer.

De verzoekende partij licht voorts toe dat noch in de wet overheidsopdrachten 2016, noch in het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ het begrip “kritieke taken” wordt gedefinieerd.

Zij doet gelden dat een beperking van de mogelijkheid om een beroep te doen op een onderaannemer voor een bepaald deel van de opdracht slechts mogelijk is wanneer die beperking gerechtvaardigd is doordat hiermee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd en het evenredigheidsbeginsel wordt geëerbiedigd, zodoende dat niet verder wordt gegaan dan noodzakelijk om dit legitiem doel te bereiken.

De verzoekende partij meent dat alleen al om reden dat uit geen enkele informatie of stukken vanwege de verwerende partij blijkt waarom de inzameling van textiel een kritieke taak is, het bestek onwettig is.

De verzoekende partij argumenteert eveneens waarom het inzamelen van textiel volgens haar geen kritieke taak is.

Zelfs indien de Raad zou oordelen dat het toch zou gaan om een kritieke taak of dat het verbod zou zijn ingegeven door een legitiem doel, dan nog is het verbod volgens de verzoekende partij in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Naar het oordeel van de verzoekende partij zijn alternatieve en minder beperkende maatregelen mogelijk.

Beoordeling

8. Artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt :

“Een aanbesteder kan, overeenkomstig de beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, de toegang tot de plaatsingsprocedure voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan

ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben, of de uitvoering van deze opdrachten voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid, mits ten minste dertig procent van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn.
[...].”

9. Artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“Een ondernemer kan, in voorkomend geval en voor een bepaalde opdracht, zich beroepen op de economische en financiële draagkracht en de technische en beroepsbekwaamheid van andere entiteiten zoals bedoeld in artikel 71, eerste lid, 2° en 3°.

[...]

In het geval van overheidsopdrachten voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor leveringen kan de aanbestedende overheid eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht, of wanneer de offerte door een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 8, § 2, is ingediend, door een deelnemer aan die combinatie.

[...].”

10. In haar nota betoogt de verwerende partij dat de diensten die specifiek op de inzameling van het textiel betrekking hebben, als hoofdbestanddeel van de opdracht, wezenlijk verbonden zijn met het voorwerp van de opdracht zelf en dat het verbod om zich voor de kwalitatieve selectie-eisen inzake technische bekwaamheid die met de voormelde diensten verband houden, op de draagkracht van andere entiteiten te beroepen, is ingegeven door de bekommernis om een omzeiling van de toegangsreservatie tot de percelen 2A en 2B te verhinderen.

11. Het valt te begrijpen dat de aanbestedende overheid zoekt naar technieken om te verhinderen dat de toegangsreservatie voor deze percelen wordt omzeild. Toegangsconstructies toestaan waarbij de uitvoering van de opdracht wordt overgelaten aan ondernemingen uit de commerciële sector zou de rechtsfiguur van de voorbehouden opdracht immers zinledig kunnen maken. Die strekt ertoe personen die moeilijk inzetbaar zijn in de arbeidsmarkt toch aan tewerkstelling te helpen. Het geheel of gedeeltelijk inzetten van onderaannemers uit de algemene economie zou aldus dit objectief kunnen ondergraven. De

voormelde doelstelling door de verwerende partij verwoord, lijkt op zich legitiem. De verzoekende partij zelf erkent overigens in haar middel het feit dat een legitiem doel een beperking zoals de in het geding zijnde zou kunnen verantwoorden.

12. De vraag rijst wel of in functie van het voorwerp en de aard van de betrokken opdracht, de aanbestedende overheid door in het bestek de taken die betrekking hebben op de inzameling van het textiel als zijnde “kritieke taken” aan te merken, dit doel niet heeft nagestreefd op een oneigenlijke wijze, minstens op een wijze die verder reikt dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken.

13. De Raad van State beseft en zulks blijkt ook uit de discussies in de stukken van de partijen en ter terechtzitting dat de voorliggende zaak vragen oproept naar de interpretatie van Europees recht. Hoewel het tot de verplichte rechtsmacht van de Raad van State behoort om dat recht toe te passen, kunnen sommige van dergelijke vragen in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, gewild door de wetgever en door hem beperkt door termijnen, nauwelijks worden onderzocht, laat staan beantwoord. Hetgeen volgt is dan ook een hoogst elementaire en voorlopige beoordeling.

Te dezen lijkt te moeten worden benadrukt dat de bekritiseerde beperking kadert in de – ook onbetwist Europeesrechtelijke – legitieme doelstelling de sociale economie te bevorderen, waartoe artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 de mogelijkheid verschaft. De voorbehouden opdracht lijkt een bijzonder regime voor overheidsopdrachten in werking te stellen waarbij de vraag rijst of de invulling van begrippen uit de regelgeving overheidsopdrachten die voor appreciatie vatbaar zijn, bij een voorbehouden opdracht niet anders kan zijn dan bij de andere overheidsopdrachten.

Het begrip “kritieke taken” lijkt een dergelijk begrip, dat niet nader wordt gedefinieerd in artikel 78 van de voormelde wet. Het kadert in de regelgeving rond het beroep op derde entiteiten en het lijkt dat het gebruik van dat begrip door de verwerende partij te dezen enigszins ongelukkig of zelfs overbodig was. De regel van artikel 78 lijkt via de uitlegging van 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' in zijn algemeenheid geïnterpreteerd in rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Zo lijkt volgens het arrest C-324/14 van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, vereist dat de betrokken “werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde draagkracht vereisen die niet kan worden verkregen door de kleinere draagkracht van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen”. Vanuit het oogmerk van een voorbehouden opdracht die de sociale economie wil bevorderen, lijkt een dergelijk motief van draagkracht echter weinig of niet relevant. Het motief is hier juist maximale tewerkstelling te realiseren voor de doelgroepen.

Het begrip “kritieke taken” lijkt dan nog eens taalkundig geen eenduidige betekenis te hebben. In de Franstalige versie van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt het in het betrokken artikel 78 immers “*tâches essentielles*” hetgeen meer aanleunt bij de “wezenlijke verbondenheid” waarvan sprake in de nota. Het lijkt echter dat te dezen de verwerende partij het beroep op het begrip “kritieke taken” uit het voormelde artikel als motief voor de beperkende besteksbepalings eigenlijk niet nodig had omdat haar optreden kaderde in het bijzonder regime van de voorbehouden opdracht van de sociale economie.

Het middel is enkel gesteund op een interpretatie van “kritieke taken” door de verzoekende partij die niet dienstig lijkt en hiervoor niet werd bijgevalen. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

14. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. 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.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 31 januari 2019, 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