

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 255.036 van 17 november 2022

in de zaak A. 237.502/XII-9275

In zake:

1. De BV SO VAZI
2. de VZW MENSENZORG
samen vormend een maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Marie Poisquet
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

IGEAN MILIEU & VEILIGHEID
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leo de Béthunelaan 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 oktober 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de raad van bestuur van IGEAN Milieu & Veiligheid van 14 september 2022 waarbij de overheidsopdracht ‘inzameling, herbestemming en verwerking textiel’ wordt gegund als volgt:

- perceel 1, huis-aan-huis regio 1: De Kringwinkel Antwerpen;
- perceel 2, huis-aan-huis regio 2: De Enter;
- perceel 5, containers op recyclageparken regio 1: De Kringwinkel Antwerpen;
- perceel 6, containers op recyclageparken regio 2: De Enter;
- perceel 9, containers op welbepaalde plaatsen regio 1: De Kringwinkel Antwerpen;

- perceel 10, containers op welbepaalde plaatsen regio 2: De Kringwinkel Antwerpen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 november 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kris Wauters en Marie Poisquet, die verschijnen voor de verzoekende partijen, en advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. IGEAN Milieu & Veiligheid (hierna: IGEAN), opdrachthoudende vereniging, schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp ‘raamovereenkomst voor de inzameling, herbestemming en verwerking van textiel’. Zij kiest voor een openbare procedure.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 mei 2022 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 18 mei 2022. Een rectificatie wordt op 18 mei 2022 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 23 mei 2022 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.

3.3. Op de opdracht is het “bestek voor de inzameling, herbestemming en verwerking van textiel” van toepassing.

De opdracht is verdeeld in twaalf percelen. Het voorwerp van de opdracht en de indeling in percelen wordt in artikel 1.5 van het bestek omschreven. De percelen worden opgedeeld per regio (er zijn vier regio's: 1, 2, 3 en 4) en per type inzameling (vier percelen ‘huis aan huis inzameling’, vier percelen ‘inzameling in containers op de gemeentelijke recyclageparken’ (CRP), en vier percelen ‘inzameling in containers op welbepaalde plaatsen op het grondgebied van een lokaal bestuur’ (CLBR)).

IGEAN kwalificeert de opdracht als een voorbehouden opdracht in de zin van artikel 15 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’. In het bestek wordt in dit verband de volgende precisering gegeven:

“Overeenkomstig artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet, wordt de toegang tot de opdracht voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben.

Om toegang te hebben tot deze percelen, moet de inschrijver aan twee cumulatieve voorwaarden voldoen:

i) De inschrijver dient een onderneming in de zin van artikel 15 van de wet inzake overheidsopdrachten 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 economiebedrijven:

- 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 het besluit van de Vlaamse Regering van 17 december 1999 tot vaststelling van de erkenningsvoorwaarden van de beschutte werkplaatsen;

- de maatwerkbedrijven zoals bedoeld in het decreet van 12 juli 2013 betreffende maatwerk bij collectieve inschakeling.

Gelijkaardige binnenlandse en buitenlandse ondernemingen die erkend zijn overeenkomstig andere regelgevende kaders hebben toegang tot percelen 1 en 2 op voorwaarde dat zij aantonen dat zij aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen.

ii) 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.

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

- Een document uitgaande van de bevoegde overheid, waaruit blijkt dat de organisatie van de inschrijver officieel erkend is als sociale economieonderneming zoals hierboven onder punt i) omschreven. Overeenkomstige ondernemingen kunnen met de geijkte documenten aantonen dat ze aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen; en
- 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:
 - o Het totale aantal tewerkgestelde werknemers;
 - o Het aantal tewerkgestelde werknemers met een handicap; en
 - o Het aantal tewerkgestelde kansarme werknemers.

De inschrijver voegt, in het geval waarin de erkenning niet bewijst dat aan de 30% voorwaarde wordt voldaan, 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 [de] Directie-generaal personen met een handicap, van een erkende psychiatrische voorziening, waaruit blijkt dat deze werknemers aan het bewuste profiel beantwoorden).”

3.4. Op 30 mei 2022 stuurt de bv met sociaal oogmerk (bv so) Vazi een brief aan de verwerende partij met een vraag om verduidelijking inzake de toegang tot de opdracht en inzake het gunningscriterium ‘circulariteit en

verwerking textiel'. In deze brief hekelt zij de onwettigheid van sommige bepalingen van het bestek indien IGEAN ze op een bepaalde manier zou lezen. In verband met de toegang tot de opdracht schrijft de bv so Vazi onder meer het volgende:

“Volgens de toepasselijke wetgeving moet men als onderneming aan twee voorwaarden voldoen om te kunnen deelnemen aan een voorbehouden opdracht: 1) het zijn van een organisatie met een sociale doelstelling en 2) de tewerkstelling van minimum 30 % kansarmen. Uit de toepasselijke regelgeving vloeit voort dat men als organisatie op twee verschillende wijzen kan voldoen teneinde toegelaten te worden tot een voorbehouden opdracht, ofwel toont men aan een beschermde werkplaats te zijn, ofwel toont men aan een ondernemer te zijn met als hoofddoel de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen (hierna de categorie ‘ondernemers’).

Het begrip ‘ondernemer’ moet men heel ruim zien, omdat dergelijke uitlegging juist conform is met de algemene doelstellingen van de wetgeving overheidsopdrachten, namelijk een zo ruime mogelijke mededinging en een gelijke toegang tot de opdracht.

De bewoordingen van jullie bestek tonen ook aan dat een organisatie voor jullie opdracht op twee manieren kan aantonen dat men een sociale organisatie is, namelijk ofwel door de hoedanigheid van sociale werkplaats te hebben ofwel door aan te tonen dat men een ondernemer is waarvan het doel bestaat in de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen.

Op dit ogenblik zijn wij geen beschermde werkplaats, doch zijn wij wel een ondernemer die als hoofddoel heeft de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen.

Het bestek stelt dan plots wel dat het ‘om volgende sociale economieondernemingen gaat’. Het bestek verwijst dan naar een aantal Vlaamse decreten.

Ten eerste rijst de vraag of deze alinea betrekking heeft op zowel sociale werkplaatsen als op ondernemingen waarvan het doel bestaat in de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen. Dit is niet helemaal duidelijk ook omdat de derde alinea van de aangehaalde passage ‘Gelijkaardige binnenlandse en buitenlandse ondernemingen...’ verwijst naar ‘andere regelgevende kaders’. Wij hebben de indruk dat de tweede alinea betrekking heeft op het begrip ‘sociale werkplaats’, terwijl de derde alinea betrekking heeft op het begrip ‘ondernemer’. Kan U ons hierover duidelijkheid geven?

Ten tweede is het aangaande de tweede alinea zo dat de decreten van 14 juli 1998 en 23 december 2005 op dit ogenblik niet meer bestaan. Bijgevolg is enkel de vermelding van het decreet van 12 juli 2013 relevant, waarbij het bestek zelf ook andere sociale economieondernemingen viseert daar [het] het begrip ‘onder meer’ hanteert. Klopt dit?

De laatste alinea van de aangehaalde tekst lijkt dan te suggereren dat men in elk geval een officiële erkenning moet voorleggen om te kunnen voldoen aan de eerste voorwaarde van artikel 15 Wet overheidsopdrachten. Is deze lezing correct?”

IGEAN antwoordt op 7 juni 2022 onder meer het volgende:

“Wat de eerste voorwaarde zoals bepaald in het bestek betreft, dient de inschrijver om toegang tot de opdracht te hebben:

- ofwel een sociaal economiebedrijf overeenkomstig de regelgeving van toepassing in het Vlaams Gewest, zoals een maatwerkbbedrijf als bedoeld in het Decreet van 12 juli 2013 ‘betreffende maatwerk bij collectieve inschakeling’ te zijn (in uw e-mail d.d. 7 juni 2022 stelt u terecht vast dat het decreet van 14 juli 1998 en artikel 79 van het decreet van 23 december 2005 niet meer in voege zijn);

- ofwel een hiermee gelijkaardige onderneming te zijn, d.w.z. een onderneming die aantoont aan gelijkwaardige voorwaarden te voldoen.

De essentie van het laatste lid van de eerste voorwaarde onder i) is niet ‘gelijkaardige binnenlandse en buitenlandse ondernemingen’ op te leggen erkend te zijn, maar wel deze ondernemingen op te leggen aan te tonen dat zij aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen. Dit wordt verder in het bestek (blz. 7 in fine, laatste zin) verduidelijkt/bevestigd, waar omtrent de documenten die inzake de eerste voorwaarde bij de offerte te voegen zijn, bepaald wordt: ‘Overeenkomstige ondernemingen kunnen met de geijkte documenten aantonen dat ze aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen’.

Onder de eerste voorwaarde, onder punt i) op blz. 7, maakt zodoende het bestek een correcte toepassing van artikel 15, derde en vierde lid, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, welke de aanbestedende overheid toelaten om ‘[te] verwijzen naar een werkplaats, een ondernemer of een programma dat overeenstemt met de in een decreet of een ordonnantie gebruikte terminologie en vastgelegde voorwaarden’, mits ook de ‘werkplaatsen, ondernemers en programma’s [te] aanvaarden die beantwoorden aan gelijkwaardige voorwaarden’.

3.5. De offertes worden geopend op 16 juni 2022 om 11 uur.

Zes inschrijvers blijken een offerte ingediend te hebben voor bepaalde of voor alle percelen. De tijdelijke maatschap bestaande uit de bv so Vazi en de vzw Mensenzorg dient een offerte in voor alle percelen.

3.6. In het verslag van nazicht van de biedingen van 14 september 2022 wordt in eerste instantie beoordeeld of de inschrijvers voldoen aan de voorwaarden die met toepassing van artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 zijn bepaald om toegang tot de opdracht te krijgen.

Met betrekking tot de tm Vazi - Mensenzorg wordt geoordeeld dat deze inschrijver niet voldoet aan de in het bestek bepaalde cumulatieve voorwaarden.

De motivering luidt:

“[...]

Aangezien een maatschap een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid is, waarbij de vennoten persoonlijk en hoofdelijk gehouden zijn, gelden de vereisten van het bestek voor elke vennoot van de maatschap afzonderlijk. Hieronder wordt nagegaan of elke vennoot van de maatschap effectief voldoet aan de bepalingen van het bestek.

De tm Vazi - Mensenzorg geeft in de offerte aan dat de bv vso Vazi erkend is als sociale onderneming in de zin van de art.8:5 van het WVV en dat de vzw Mensenzorg twee doelen nastreeft: steunen van hulpbehoevenden en het verkleinen van de afvalberg.

Noch Vazi, noch Mensenzorg zijn terug te vinden in de gratis toegankelijke databank Sociale Economie <https://www.socialeconomie.be/databank>.

De erkenning van Vazi bv als vennootschap met sociaal oogmerk (vso), die krachtens het (nieuwe) Wetboek vennootschappen en verenigingen werd gewijzigd naar een erkenning als ‘sociale onderneming’, is niet gelijk aan een erkenning als ‘sociale werkplaats’ of een ‘ondernemer die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel (heeft)’ in de zin van artikel 15 Wet Overheidsopdrachten.

Deze erkenning staat ook niet gelijk aan een erkenning als sociale werkplaats, beschutte werkplaats of maatwerkbedrijf, krachtens het Vlaams decretaal kader (of gelijkwaardige binnen- of buitenlandse wetgeving), aangehaald in het bestek.

Hoewel het erkend zijn als vennootschap met sociaal oogmerk/sociale onderneming een voorwaarde is bepaald in het maatwerkdecreet, is deze

erkenning op zich ruim onvoldoende om te kunnen kwalificeren als Maatwerkbedrijf of een sociale economie onderneming in het algemeen.

Het Maatwerkdecreet stelt tal van andere voorwaarden voor een erkenning als Maatwerkbedrijf die er op gericht zijn dat een Maatwerkbedrijf zich inzet voor de individuele begeleiding en uiteindelijke ‘doorstroom’ van doelgroepwerknemers naar de reguliere economie.

Bovendien is de erkenning van Vazi bv als vso/sociale onderneming precair. Hoewel Vazi bv is opgenomen op de lijst van vennootschappen die worden vermoed erkend te zijn als ‘sociale onderneming’, geldt dit vermoeden van erkenning krachtens artikel 42 van de wet van 28 juni 2019 en het KB van 28 juni 2019 slechts tot 31 december 2023. Bestaande vennootschappen met sociaal oogmerk die geen coöperatieve vennootschap zijn en die als een sociale onderneming willen erkend blijven, dienen zich uiterlijk op 1 januari 2024 om te zetten in een coöperatieve vennootschap. Krachtens artikel 8:5 van het (nieuwe) Wetboek vennootschappen en verenigingen kan enkel een coöperatieve vennootschap erkend worden als sociale onderneming.

Vazi bv geeft in zijn offerte geen garantie dat men effectief als sociale onderneming in de zin van het Wetboek Verenigingen en Vennootschappen erkend zal zijn en blijven gedurende de looptijd van de opdracht.

Wat Mensenzorg betreft moet worden vastgesteld dat het inschrijven van een statutair doel op zich geen enkele concrete waarborg biedt. Het steunen van hulpbehoevenden en het verkleinen van de afvalberg zijn op zich ook onvoldoende om aan te tonen dat het wel degelijk gaat om een sociale economieonderneming in de zin van artikel 15 van de wet op de overheidsopdrachten.

Noch Vazi bv [noch] Mensenzorg voegen aan hun offerte documenten toe die bewijzen dat aan gelijkwaardige voorwaarden is voldaan als deze van het Maatwerkdecreet (of andere wetgeving aangehaald in het bestek of andere gelijkwaardige wetgeving van andere gewesten of EU- lidstaten).

Op basis hiervan kan worden besloten dat noch Vazi bv noch Mensenzorg beantwoordt aan de eerste voorwaarde om toegang te krijgen tot deze voorbehouden opdracht.

Aangezien beide voorwaarden cumulatief moeten vervuld zijn, is een onderzoek naar de 2de voorwaarde niet meer nodig. Toch wordt hieronder ook nog de 2de voorwaarde onderzocht.

Wat de tweede voorwaarde betreft, kan worden gesteld dat het eenzijdig rapporteren van het aantal werknemers zonder diploma niet voldoet aan de gestelde eisen. Bovendien beantwoorden de werknemers van de inschrijver niet aan de definitie van ‘kansarme werknemer’ (en duidelijk ook niet aan persoon met een handicap) in de zin van artikel 15 van de wet overheidsopdrachten en hoegenaamd niet aan het begrip ‘doelgroepwerknemer’ als bepaald in het Maatwerkdecreet. In de offerte vermeldt tm Vazi - Mensenzorg dat de 6 werknemers van Vazi bv vso geen diploma hebben. Het niet hebben van een diploma volstaat echter niet om het etiket ‘kwetsbare werknemer’ te plakken op een persoon.

Artikel 15 wet overheidsopdrachten laat toe dat het bestek verwijst naar toepasselijke decreten (in casu (o.a.) het Maatwerkdecreet) waarbij de inschrijver die niet over een erkenning volgens de aangehaalde decreten beschikt, moet aantonen dat aan gelijkwaardige voorwaarden voldaan is.

Dat bewijs wordt niet geleverd met een opsomming van het aantal werknemers van Vazi bv vso zonder diploma.

Wat de tweede voorwaarde betreft, bewijst Vazi bv vso niet dat effectief minstens 30% werknemers bestaat uit 'kansarmen' of personen met een handicap. Gezien Vazi bv vso niet erkend is, dient deze aan te tonen op basis van andere officiële documenten afgeleverd door de bevoegde overheid (en dus niet op basis van een eigen verklaring) dat minstens 30% van de werknemers aan dit statuut beantwoordt.

De inschrijver voegt een verklaring op eer bij waarin de 6 werknemers van Vazi bv vso verklaren dat de screenshots uit de LED-databank (leer- en ervaringsbewijzendatabank) correct zijn.

Daarnaast zijn attesten van de mutualiteit en RVA bijgevoegd die toelating geven aan bepaalde personen om vrijwilligerswerk te doen bij Mensenzorg omwille van arbeidsongeschiktheid voor onbepaalde duur of als langdurig werkloze.

Het etiket 'kansarm' wordt door het tm Vazi - Mensenzorg op basis van één specifiek criterium (het hebben van een diploma) toegekend aan de werknemers van Vazi bv vso, zonder enige motivering of verantwoording van de redenering dat het niet hebben van een diploma een persoon per definitie kansarm maakt. Vazi bv vso legt geen bewijzen voor vanwege de VDAB, de DG personen met een handicap of enige andere overheidsinstantie die het 'etiket' van kansarme werknemer zouden kunnen ondersteunen. Nochtans wordt het voorleggen van deze bewijzen uitdrukkelijk vereist in het bestek. Zoals aangehaald houdt de kwalificatie van 'doelgroepwerknemer' in de zin van het Maatwerkdecreet, waarnaar het bestek expliciet verwijst, een gans andere afweging in dan enkel de vraag of men al dan niet over een diploma beschikt. Het door de inschrijver gehanteerde criterium is dan ook niet geschikt.

Ook aan de tweede voorwaarde is dan ook niet voldaan door de tm Vazi - Mensenzorg.

De tm Vazi - Mensenzorg voldoet dus niet aan de twee cumulatieve voorwaarden en krijgt bijgevolg geen toegang tot de voorbehouden opdracht."

3.7. Op 14 september 2022 beslist de raad van bestuur van IGEAN om vier percelen te gunnen aan De Kringwinkel Antwerpen (percelen 1, 5, 9 en 10) en twee aan De Enter (percelen 2 en 6). De overige percelen worden niet gegund wegens gebrek aan een regelmatige inschrijver.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 2, 4 en 15 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016); de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: formele motiveringswet); het bestek voor de inzameling, herbestemming en verwerking van textiel, goedgekeurd door de verwerende partij; de materiële motiveringsplicht, de *patere legem*-plicht en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Eerste onderdeel

Doordat verwerende partij in hoofdorde verzoekende partijen de toegang tot de overheidsopdracht ontzegt omdat de beide deelgenoten van de maatschap elk afzonderlijk niet zouden aantonen een sociale werkplaats of een ondernemer, die de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen tot doel heeft, te zijn; Terwijl op grond van het bestek de inschrijver moet voldoen aan de voorwaarden van artikel 15, lid 1 Overheidsopdrachtenwet; Dat volgens artikel 2, 14° Overheidsopdrachtenwet de inschrijver, de ondernemer is die de offerte indient en dat krachtens artikel 2, 14°

Overheidsopdrachtenwet een ondernemer ook een combinatie of tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen kan zijn;

Dat in huidige zaak voor verzoekende partijen de inschrijver de ‘Tijdelijke Maatschap Vazi bv- Mensenzorg vzw’ (hierna: ‘TM’) is daar zij de offerte heeft ingediend en dat bijgevolg conform artikel 15, lid 1 Overheidsopdrachtenwet deze Tijdelijke Maatschap moet voldoen aan de in deze bepaling gestelde voorwaarden inzake voorbehouden opdrachten;

Dat bijgevolg verwerende partij haar eigen bestek miskent wanneer zij vereist dat beide deelgenoten van de TM afzonderlijk moeten voldoen aan de voorwaarden van artikel 15 Overheidsopdrachtenwet;

En terwijl op grond van artikel 15, lid 1 Overheidsopdrachtenwet een ondernemer de maatschappelijke en sociale integratie van kansarmen tot doel moet hebben;

Dat krachtens artikel 2, 10°, Overheidsopdrachtenwet de ondernemer een combinatie of tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen kan zijn;

Dat verzoekende partijen een offerte hebben ingediend als combinatie of tijdelijk samenwerkingsverband voor de plaatsing van de overheidsopdracht van verwerende partij; dat deze laatste bijgevolg moet voldoen aan de voorwaarden van artikel 15, lid 1 Overheidsopdrachtenwet;

Dat bijgevolg verwerende partij art. 15, lid 1 Overheidsopdrachtenwet miskent wanneer zij vereist dat beide deelgenoten afzonderlijk een ondernemer, die maatschappelijke en sociale integratie van kansarmen tot doel heeft, moeten zijn;

En terwijl, op grond van artikel 4 en de doelstellingen van de Overheidsopdrachten een onderneming de mogelijkheid moet hebben om beroep te doen op een andere onderneming teneinde te voldoen aan de voorwaarden van artikel 15, lid 1 Overheidsopdrachtenwet;

Dat verwerende partij aan verzoekende partij deze mogelijkheid ontzegt wanneer zij vereist dat beide deelgenoten moeten voldoen aan de voorwaarden voorzien in artikel 15, lid 1 Overheidsopdrachtenwet om toegang te krijgen tot de kwestieuze overheidsopdracht;

Dat het onderdeel ernstig is;

Tweede onderdeel

Doordat verwerende partij oordeelt dat geen enkele deelgenoot van de TM een ondernemer met een sociale doelstelling is;

Terwijl op grond van het materieel motiveringsbeginsel een administratieve overheid haar beslissingen moet steunen op juiste feitelijke gegevens en rechtens aanvaardbare motieven, gegevens en motieven die bovendien afdoende draagkrachtig moeten zijn om de beslissing te rechtvaardigen;

Dat de door verwerende partij aangehaalde motieven om te oordelen dat elk van de deelgenoten van de TM niet voldoen aan de voorwaarden van ondernemer met een sociale doelstelling steunt op feitelijke gegevens die

niet juist zijn, op motieven die niet rechtens aanvaardbaar zijn en dat de aangehaalde gegevens en motieven niet draagkrachtig zijn;
Dat minstens sprake is van een niet-afdoende motivering in de zin van de Formele Motiveringswet;
Dat het onderdeel ernstig is.”

5.1. In de toelichting bij het eerste onderdeel betogen de verzoekende partijen in hoofddorde dat het bestek bepaalt dat, om toegang te hebben tot de opdracht, de “inschrijver” aan twee cumulatieve voorwaarden moet voldoen. Volgens artikel 2, 14°, van de wet overheidsopdrachten 2016 is de “inschrijver” “een ondernemer die een offerte indient”, en volgens artikel 2, 10°, kan een “ondernemer” ook een “tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen” zijn. Als de inschrijver een maatschap is, dan dient de maatschap te voldoen aan de toegangsvoorwaarden. Door te eisen dat niet de “inschrijver”, zijnde de maatschap, maar elk van de deelgenoten van de maatschap aan de voorwaarden moeten voldoen, miskent de verwerende partij de bepalingen van haar eigen bestek.

Subsidiar voeren de verzoekende partijen aan dat volgens artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 de toegang tot de plaatsingsprocedure kan worden voorbehouden aan onder meer “ondernemers” met een bepaalde sociale doelstelling. De verzoekende partijen herhalen dat het begrip ‘ondernemer’ overeenkomstig artikel 2, 10°, van de voormelde wet ook een “tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen” omvat. Een dergelijk samenwerkingsverband staat gelijk met een ‘maatschap’. Door aan de verzoekende partijen de toegang tot de plaatsingsprocedure te ontfeggen op grond dat één van de twee deelgenoten niet zou beantwoorden aan de voorwaarden, schendt de verwerende partij ook artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016.

Nog meer subsidiair voeren de verzoekende partijen aan dat het motief voor hun weigering strijdig is met de *ratio legis* van de regelgeving inzake overheidsopdrachten. Artikel 15, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 laat aan combinaties van inschrijvers, zoals een maatschap, toe om voor een opdracht in te schrijven. Uit artikel 15, vierde lid, blijkt voorts dat een ondernemer “via andere middelen” moet kunnen bewijzen dat hij voldoet aan de

voorwaarden die gesteld worden om te kunnen deelnemen aan een “voorbehouden opdracht”. Uit die bepalingen kan dan ook afgeleid worden dat een ondernemer niet uitgesloten mag worden van een overheidsopdracht op grond dat hij een beroep doet op een andere ondernemer om toegang te krijgen tot die opdracht. De verzoekende partijen voeren aan dat die redenering aansluit bij die van het Hof van Justitie in zijn arrest van 2 december 1999, C-176/98, *Holst Italia*. Daarin overweegt het Hof dat een persoon niet van deelneming aan een plaatsingsprocedure kan worden uitgesloten op de enkele grond dat hij voor de uitvoering van de opdracht een beroep doet op de middelen die hem door een andere entiteit ter beschikking worden gesteld. Toegepast op de toegang tot een voorbehouden opdracht in de zin van artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 betekent het voorgaande dat een rechtspersoon een beroep moet kunnen doen op een tweede rechtspersoon opdat zij samen zouden beantwoorden aan de voorwaarden gesteld bij die bepaling. Het weigeringsmotief dat aan de basis ligt van de bestreden beslissing, ontzegt deze mogelijkheid echter aan de verzoekende partijen.

5.2. In de toelichting bij het tweede onderdeel stellen de verzoekende partijen dat de verwerende partij op grond van onrechtmatige motieven heeft geoordeeld dat zij elk afzonderlijk niet beantwoorden aan de eerste voorwaarde om toegelaten te worden tot de voorbehouden overheidsopdracht, namelijk een ondernemer zijn die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel heeft. Dit onderdeel wordt subsidiair ingeroepen, voor zover de Raad van State zou oordelen dat de beide deelgenoten elk afzonderlijk moeten aantonen dat zij beantwoorden aan de voorwaarden om toegelaten te worden tot de voorbehouden opdracht.

Ten eerste betwisten de verzoekende partijen de door de verwerende partij ingeroepen motieven om aan de bv Vazi het statuut te ontzeggen van ondernemer die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel heeft, door de verzoekende partijen verder een “onderneming met sociale doelstellingen” genoemd. Volgens de verzoekende partijen zijn die motieven niet draagkrachtig. Zij voeren met name aan:

- dat het feit dat een onderneming niet terug te vinden is in een databank, op zich niet bewijst dat die onderneming geen “onderneming met sociale doelstellingen” is;
- dat de formulering van bepaalde passages in de motivering met betrekking tot de bv Vazi onduidelijk of nietszeggend is;
- dat de bv Vazi via een andere weg dan het feit een maatwerkbedrijf of een gelijkwaardige onderneming te zijn, kan bewijzen dat zij een “onderneming met sociale doelstellingen” is; dat zij dit te dezen doet door te verwijzen naar haar vermoeden van erkenning als “sociale onderneming” in de zin van artikel 8:5 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna: WVV); dat uit die erkenning volgt dat de bv Vazi voldoet aan de voorwaarden bepaald in artikel 6 van het koninklijk besluit van 28 juni 2019 ‘tot vaststelling van de voorwaarden van de erkenning als landbouwonderneming en als sociale onderneming’; dat die voorwaarden geen formele elementen, maar concrete acties betreffen; dat de verwerende partij niet uitlegt waarom de bv Vazi desalniettemin geen “onderneming met sociale doelstellingen” is; dat het enkele motief dat de erkenning bedoeld in artikel 8:5 WVV niet voldoende is om aan te tonen dat de bv Vazi een maatwerkbedrijf of een sociale-economieonderneming in het algemeen is, daartoe niet volstaat;
- dat de verzoekende partijen zelf geen beroep doen op de erkenning van de bv Vazi als “sociale onderneming” om daaruit af te leiden dat deze een maatwerkbedrijf zou zijn;
- dat het vereiste dat een onderneming moet voldoen aan de voorwaarden om erkend te worden als maatwerkbedrijf of aan gelijkwaardige voorwaarden, enkel geldt voor een onderneming die zich beroept op het statuut van “sociale werkplaats”; dat de verzoekende partijen in dit verband verwijzen naar het arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 2021, C-598/19, Conacee; dat uit dat arrest blijkt dat een organisatie op twee verschillende wijzen kan voldoen aan de voorwaarden bepaald in artikel 20, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ om toegelaten te worden tot een voorbehouden opdracht: ofwel toont zij aan een “beschermde werkplaats” te zijn, ofwel toont zij aan een ondernemer

te zijn met als hoofddoel de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen; dat een bestek voor de categorieën “beschermde werkplaats” (of “sociale werkplaats”) en “ondernemers met als hoofddoel de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen” onmogelijk dezelfde soorten bewijzen kan vragen; dat het vereiste van een erkenning als maatwerkbedrijf of als een gelijkgesteld bedrijf dan ook niet kan gelden voor een onderneming die zich beroept op haar hoedanigheid van “onderneming met sociale doelstellingen”; dat in zoverre de aanbestedende overheid op grond van artikel 15, derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 mag verwijzen naar categorieën van ondernemers bedoeld in een bepaalde wetgeving, dit voor “ondernemingen met sociale doelstellingen” geen verwijzing naar maatwerkbedrijven kan zijn, omdat dit juist de bedrijven zijn die bedoeld worden met de “sociale werkplaatsen”; dat overigens het begrip “sociale werkplaats” eng geïnterpreteerd moet worden en het begrip “onderneming met sociale doelstellingen” ruim; dat voor zover het bestek zou bepalen dat de kwalificatie “sociale-economie onderneming” enkel aangetoond kan worden door het voldoen aan de voorwaarden om erkend te worden als maatwerkbedrijf, het bestek strijdig zou zijn met artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016; dat de verwerende partij de verzoekende partijen dan ook niet kan verwijten dat zij geen stukken voorleggen waaruit blijkt dat zij voldoen aan gelijkwaardige voorwaarden als die welke zijn bepaald voor een maatwerkbedrijf.

Ten tweede voeren de verzoekende partijen aan dat het beweerd precair karakter van de erkenning van de bv Vazi als “sociale onderneming” niets afdoet aan het feit dat deze vennootschap erkend is. De voorwaarden bepaald in artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 zijn voorwaarden om toegang te krijgen tot een voorbehouden opdracht, niet voorwaarden om de opdracht te kunnen uitvoeren. De verwerende partij eist dan ook ten onrechte dat een erkenning geldig blijft gedurende de volledige uitvoeringstermijn van de opdracht. Overigens bestaat er niet zoiets als een “precaire” erkenning; de bv Vazi heeft op dit ogenblik een erkenning en deze beslissing is “definitief”.

Ten derde voeren de verzoekende partijen aan dat het gunningsverslag met betrekking tot de vzw Mensenzorg erkent dat deze vzw effectief hulpbehoevenden steunt. Deze vzw heeft geen andere activiteiten. Het is niet duidelijk waarom het steunen van hulpbehoevenden niet afdoende is om te worden beschouwd als een “onderneming met sociale doelstellingen”. De verzoekende partijen wijzen erop dat de vzw een “sociaal verkoopcentrum” heeft, waar kansarmen en mensen die zich in een sociaal isolement bevinden terecht kunnen om kledij te kopen aan zeer sociale prijzen. Vervolgens bestaat een deel van de vrijwilligers van de vzw uit mensen die onder begeleiding staan van de RVA of een ziekenfonds. Ook werkt de vzw samen met Wingerdbloei Antwerpen waar moeilijk opvoedbare jongeren gehuisvest zijn. Ten slotte steunt de vzw onder meer sociale restaurants en kruideniers, organisaties waar jonge moeders terecht kunnen, daklozenopvang, voedselbedeling, leerwerkprojecten, projecten rond kansarme jongeren en opvang voor anderstalige vluchtelingen.

Beoordeling

Relevante regelgeving

6. 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.

In de aankondiging van een opdracht of, bij ontstentenis daarvan, een ander opdrachtdocument, wordt het in het eerste lid bedoelde voorbehoud vermeld met verwijzing naar onderhavig artikel.

De aanbesteder kan verwijzen naar een werkplaats, een ondernemer of een programma dat overeenstemt met de in een decreet of ordonnantie gebruikte terminologie en vastgelegde voorwaarden.

Echter moet hij werkplaatsen, ondernemers en programma’s aanvaarden die beantwoorden aan gelijkwaardige voorwaarden.”

Het voornoemde artikel 15 vormt de omzetting in het interne recht van artikel 20, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ (hierna: richtlijn 2014/24), dat luidt:

“De lidstaten kunnen het recht om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben, of de uitvoering van deze opdrachten voorbehouden in het kader van programma’s voor beschermde arbeid, mits ten minste 30 % van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma’s gehandicapte of kansarme werknemers zijn.”

In overweging 36 van de richtlijn wordt de regeling inzake “voorbehouden opdrachten” verantwoord als volgt:

“Beroep en werk zijn bevorderlijk voor maatschappelijke integratie en zijn van fundamenteel belang voor het waarborgen van gelijke kansen voor iedereen. Sociale werkplaatsen kunnen in dit verband een belangrijke rol spelen. Hetzelfde geldt voor andere sociale ondernemingen waarvan het belangrijkste doel de ondersteuning is van de sociale en beroepsmatige integratie of herintegratie van gehandicapten en kansarmen, zoals werklozen, leden van achtergestelde minderheden of andere maatschappelijk gemarginaliseerde groepen. Het is echter mogelijk dat dergelijke werkplaatsen of ondernemingen er bij normale mededingingsvoorwaarden niet in slagen om opdrachten te verwerven. Daarom is het wenselijk te bepalen dat de lidstaten het recht om deel te nemen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten of bepaalde percelen daarvan moeten kunnen voorbehouden [aan] dergelijke werkplaatsen of ondernemingen of de uitvoering van opdrachten moeten kunnen beperken tot programma’s voor beschermde arbeid.”

7. Artikel 2, 14°, van de wet overheidsopdrachten 2016 definieert de inschrijver als “een ondernemer die een offerte indient”. Een “ondernemer” wordt in artikel 2, 10°, van die wet omschreven als “elke natuurlijke persoon, elke privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersoon of elke combinatie van deze personen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die werken, een werk in de zin van de bepaling onder 19°, leveringen of diensten op de markt aanbiedt”.

8. Een maatschap is een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid (artikel 1:5, § 1, WVV), met name een overeenkomst waarbij twee of meer personen zich verbinden om hun inbrengen in gemeenschap te brengen, met het oogmerk aan haar vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen (artikel 4:1, eerste lid, WVV).

De schuldeisers van een maatschap, wier schuldvordering voortvloeit uit de activiteit van de vennootschap, kunnen verhaal uitoefenen op het volledige vennootschapsvermogen. De vennoten zijn ten aanzien van deze schuldeisers persoonlijk en hoofdelijk gehouden met hun eigen vermogen (artikel 4:14, eerste lid, WVV).

9. Een coöperatieve vennootschap kan onder bepaalde voorwaarden worden erkend als “sociale onderneming” (artikel 8:5, § 1, WVV). De wet zelf bepaalt sommige van die voorwaarden, waaronder de voorwaarde dat de vennootschap hoofdzakelijk tot doel heeft om in het algemeen belang een positieve maatschappelijke impact te bewerkstelligen op de mens, het milieu of de samenleving (artikel 8:5, § 1, 1°, WVV).

Andere erkenningsvoorwaarden zijn bepaald in artikel 6, § 1, van het koninklijk besluit van 28 juni 2019 ‘tot vaststelling van de voorwaarden van de erkenning als landbouwonderneming en als sociale onderneming’. Die bepaling luidt als volgt:

“Een erkenning als sociale onderneming wordt toegekend door de minister van Economie aan een coöperatieve vennootschap wanneer haar statuten, haar werking en haar activiteiten in overeenstemming zijn met de volgende voorwaarden:

1° de vennootschap heeft hoofdzakelijk tot doel, in het algemeen belang, een positieve maatschappelijke impact te bewerkstelligen op de mens, het milieu of de samenleving, overeenkomstig artikel 8:5, § 1, 1°, van het wetboek;

2° de statuten omschrijven het voorwerp van de vennootschap waarbij uitdrukkelijk tot uiting komt dat dit voorwerp dienstig is om een positieve maatschappelijke impact op de mens, het milieu of de samenleving te bewerkstelligen;

3° bij uittreding ontvangt de uittredende aandeelhouder maximum de nominale waarde van zijn werkelijke inbreng;

4° het mandaat van bestuurder is onbezoldigd, tenzij de algemene vergadering van aandeelhouders beslist over een beperkte onkostenvergoeding of presentiegeld;

5° geen enkele aandeelhouder mag aan een stemming in de algemene vergadering deelnemen met meer dan een tiende van het aantal stemmen verbonden aan de vertegenwoordigde aandelen;

6° het bedrag van het dividend uit te keren aan de aandeelhouders kan slechts worden bepaald na bepaling van een bedrag dat de vennootschap voorbehoudt aan projecten of bestemmingen die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van haar voorwerp;

7° het enig vermogensvoordeel dat de vennootschap rechtstreeks of onrechtstreeks aan haar aandeelhouders uitkeert, onder welke vorm dan ook, mag niet hoger zijn dan de rentevoet vastgesteld in artikel 8:5, § 1, 2°, van het wetboek, en toegepast op het door de aandeelhouders werkelijk gestorte bedrag op de aandelen;

8° bij vereffening van de vennootschap is het vermogen dat overblijft na aanzuivering van het passief en terugbetaling van het door de aandeelhouders werkelijke gestorte en nog niet terugbetaalde bedrag op de aandelen, bestemd voor een bestemming dat zo nauw mogelijk aansluit bij haar voorwerp overeenkomstig artikel 8:5, § 1, 3°, van het wetboek”.

Artikel 42, § 1, van de wet van 23 maart 2019 ‘tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen’ bevat de volgende overgangsbepaling:

“De op de dag van de inwerkingtreding van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen bestaande vennootschappen met sociaal oogmerk worden vermoed erkend te zijn als een sociale onderneming. De minister bevoegd voor Economie stelt de lijst van de vennootschappen die vermoed erkend te zijn als een sociale onderneming op en kan dit vermoeden weerleggen.

De op de dag van de inwerkingtreding van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen bestaande vennootschappen met sociaal oogmerk die geen coöperatieve vennootschap zijn en die als een sociale onderneming willen erkend blijven, dienen zich uiterlijk op 1 januari 2024 om te zetten in een coöperatieve vennootschap.”

De lijst bedoeld in artikel 42, § 1, eerste lid, is vastgesteld bij artikel 1 en bijlage 1 van het ministerieel besluit van 27 augustus 2019 ‘houdende de lijsten van vennootschappen die worden vermoed erkend te zijn als sociale onderneming of als landbouwonderneming’. Op de lijst van “sociale ondernemingen” komt onder meer de vennootschap Vazi voor.

10. Volgens artikel 3, 2°, van het decreet van 17 februari 2012 ‘betreffende de ondersteuning van het ondernemerschap op het vlak van de sociale economie en de stimulering van het maatschappelijk verantwoord ondernemen’ is een “sociale-economieonderneming” een onderneming die werkt op het domein van de sociale economie en die behoort tot één van de categorieën vermeld in artikel 5, §§ 1 en 2, van dat decreet. De bedoelde categorieën zijn onder meer de maatwerkbedrijven (en de maatwerkafdelingen in reguliere bedrijven), de lokalediensteneconomieondernemingen en de sociale inschakelingsbedrijven.

Sociale-economieondernemingen kunnen aanspraak maken op subsidies ter ondersteuning van de tewerkstelling. De lijst van de erkende sociale-economieondernemingen is opgenomen in een door de Vlaamse overheid beheerde databank sociale economie.

11. Luidens artikel 3 van het decreet van 12 juli 2013 ‘betreffende maatwerk bij collectieve inschakeling’ wordt verstaan onder:

“[...]”

2° doelgroepwerknemers: de personen die voor hun arbeidsdeelname werkondersteunende maatregelen als vermeld in artikel 9, 1° tot en met 3°, behoeven en die behoren tot een van de volgende categorieën:

a) personen met een arbeidshandicap: de personen met een langdurig en belangrijk probleem van deelname aan het arbeidsleven dat te wijten is aan het samenspel tussen functiestoornissen van mentale, psychische, lichamelijke of zintuiglijke aard, beperkingen bij het uitvoeren van activiteiten, en persoonlijke en externe factoren. De Vlaamse Regering bepaalt de voorwaarden voor de erkenning als persoon met een arbeidshandicap;

b) personen met een psychosociale arbeidsbeperking: de personen met een langdurig en belangrijk probleem van deelname aan het arbeidsleven dat te wijten is aan het samenspel tussen psychosociale factoren, beperkingen bij het uitvoeren van activiteiten, en persoonlijke en externe factoren. De Vlaamse Regering bepaalt de voorwaarden voor de erkenning als persoon met een psychosociale arbeidsbeperking;

c) uiterst kwetsbare personen : de werkzoekenden die voorafgaand aan hun tewerkstelling gedurende minstens 24 maanden geen betaalde beroepsarbeid hebben verricht om persoonlijke redenen die een deelname aan het arbeidsleven verhinderen. De Vlaamse Regering bepaalt de voorwaarden voor de erkenning als uiterst kwetsbare

personen;
[...]

4° maatwerkafdeling : de werking binnen een onderneming die voldoet aan de subsidievoorwaarden, vermeld in artikel 5;

5° maatwerkbedrijf: de onderneming die voldoet aan de subsidievoorwaarden, vermeld in artikel 4;
[...].”

Artikel 4, § 1, van hetzelfde decreet luidt:

“Binnen de perken van het jaarlijks goedgekeurde begrotingskrediet en volgens de voorwaarden bepaald in dit decreet, kan de Vlaamse Regering ondersteuning bedoeld in hoofdstuk 4 toekennen aan maatwerkbedrijven.

Het maatwerkbedrijf moet daarvoor:

1° op jaarbasis aan minimaal twintig gesubsidieerde voltijdsequivalente doelgroepwerknemers werk op maat verschaffen, voor wie ondersteuning overeenkomstig dit decreet wordt toegekend, door middel van nuttig, lonend en individueel passend werk;

2° de rechtsvorm van een vennootschap met een sociaal oogmerk of van een vereniging zonder winstoogmerk hebben;

3° als maatschappelijke hoofdactiviteit werk en begeleiding op maat aan doelgroepwerknemers verschaffen;

4° op jaarbasis een werknemersbestand hebben dat voor minstens 65 procent bestaat uit de doelgroepwerknemers, vermeld in artikel 3, 2°, a) en b);

5° geregistreerd zijn als dienstverlener als vermeld in artikel 4 van het decreet van 29 maart 2019 betreffende het kwaliteits- en registratiemodel van dienstverleners in het beleidsdomein Werk en Sociale Economie;

6° jaarlijks over zijn prestaties in het kader van dit decreet en op vlak van maatschappelijke inbedding en maatschappelijk verantwoord ondernemen rapporteren.”

Artikel 57 van hetzelfde decreet bepaalt dat het decreet van 14juli 1998 ‘inzake sociale werkplaatsen’ wordt opgeheven. Artikel 58 bepaalt dat artikel 79 van het decreet van 23 december 2005 ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2006’, dat betrekking heeft op “beschutte werkplaatsen”, wordt opgeheven. De regeling inzake “sociale werkplaatsen” en “beschutte werkplaatsen” is daarmee vervangen door de regeling inzake “maatwerkbedrijven”.

Tweede onderdeel

12. Voor de beoordeling van de grieven die het voorwerp uitmaken van het tweede onderdeel acht de Raad van State het nuttig om te herinneren aan de doelstelling van artikel 20, lid 1, van richtlijn 2014/24. In overweging 36 van de richtlijn wordt gesteld dat overheidsopdrachten voorbehouden mogen worden aan “sociale werkplaatsen” en “andere sociale ondernemingen waarvan het belangrijkste doel de ondersteuning is van de sociale en beroepsmatige integratie of herintegratie van gehandicapten en kansarmen, zoals werklozen, leden van achtergestelde minderheden of andere maatschappelijk gemarginaliseerde groepen”. Zonder een dergelijke toegangsbeperking, dit wil zeggen “bij normale mededingingsvoorwaarden”, bestaat het risico dat de bedoelde werkplaatsen of ondernemingen “er [...] niet in slagen om opdrachten te verwerven”.

Aldus blijkt dat de Uniewetgever met artikel 20, lid 1, “via beroep en werk de integratie van gehandicapte of kansarme personen in de samenleving heeft willen bevorderen, door de lidstaten toe te staan het recht om deel te nemen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten of bepaalde percelen daarvan voor te behouden aan sociale werkplaatsen en ondernemers die op de markt optreden met een concurrentienadeel omdat zij een sociaal doel nastreven” (HJEU, 6 oktober 2021, Conacee, C-598/19, punt 26). Artikel 20, lid 1, “streeft dus een doelstelling van sociaal beleid na, namelijk werkgelegenheid” (zelfde arrest, punt 27).

Het voorbehouden van bepaalde opdrachten voor de genoemde werkplaatsen en ondernemingen gebeurt noodzakelijkerwijze ten nadele van reguliere ondernemingen.

13. In verband met de interpretatie van artikel 20, lid 1, van richtlijn 2014/24 heeft het Hof van Justitie overwogen dat uit de bewoordingen van die bepaling niet kan worden afgeleid dat het recht om deel te nemen aan voorbehouden aanbestedingsprocedures zou moeten worden toegekend aan alle organisaties die beantwoorden aan de omschrijving van “sociale werkplaats” of “ondernemer die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel [heeft]” en die aan de voorwaarde inzake tewerkstelling voldoen (zelfde arrest, punt 21). Voorts heeft het Hof overwogen

dat “het gebruik van de term ‘ondernemers’ – gelet op de definitie ervan in artikel 2, punt 10, van deze richtlijn – wijst op een zekere algemeenheid en vaagheid wat betreft de organisaties die in aanmerking kunnen komen voor de in artikel 20, lid 1, van die richtlijn bedoelde aanbestedingsprocedures, voor zover die ondernemers de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben” (zelfde arrest, punt 23). Uit één en ander leidt het Hof af dat de lidstaten “over een zekere beoordelingsmarge beschikken bij de omzetting van de in [artikel 20, lid 1] gestelde voorwaarden” (zelfde arrest, punt 24).

Zowel uit de bewoordingen van artikel 20, lid 1, als uit het met die bepaling nagestreefde doel en uit de ontstaansgeschiedenis ervan leidt het Hof ten slotte af dat de in artikel 20, lid 1, genoemde voorwaarden “niet limitatief zijn”, en dat het de lidstaten integendeel “vrijstaat om in voorkomend geval aanvullende voorwaarden op te leggen waaraan de in die bepaling bedoelde organisaties moeten voldoen om te mogen deelnemen aan procedures voor de gunning van voorbehouden overheidsopdrachten” (zelfde arrest, punt 32).

Wanneer de lidstaten gebruikmaken van deze mogelijkheid, dienen zij het beginsel van gelijke behandeling in acht te nemen (zelfde arrest, punt 36). Dit betekent dat zij geen organisaties mogen uitsluiten die zich in dezelfde situatie bevinden als de werkplaatsen en ondernemingen die toegang krijgen tot de voorbehouden overheidsopdrachten (zie zelfde arrest, punt 38). Bovendien moeten de door de lidstaten vastgestelde regels verenigbaar zijn met het evenredigheidsbeginsel (zelfde arrest, punt 42). Dit betekent dat de voorwaarden die worden bepaald voor de toegang tot een voorbehouden opdracht geschikt moeten zijn om te verzekeren dat toegang wordt verleend aan organisaties waarvan het hoofddoel bestaat in de integratie van personen met een handicap en kansarme personen, en dat die voorwaarden niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (zelfde arrest, punten 43 en 44).

14. De Belgische wetgever heeft de bepalingen van artikel 20, lid 1, van richtlijn 2014/24 bijna letterlijk overgenomen in artikel 15, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016. Artikel 15, tweede lid, vormt daarenboven een bijna letterlijke overname van artikel 20, lid 2, van de richtlijn.

Nieuw ten opzichte van de richtlijn zijn het derde en het vierde lid van artikel 15 van de wet. In het derde lid wordt bepaald dat de aanbesteder kan verwijzen naar de in zijn gemeenschap of gewest gebruikte “terminologie” voor de aanduiding van de in aanmerking komende werkplaatsen en ondernemingen, en naar de voorwaarden die gelden voor de aldus aangewezen organisaties. De aanbestedende overheid kan de opdracht met andere woorden voorbehouden aan “een bepaald type van werkplaats [of onderneming]” (memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, nr. 54-1541/001, p. 42). Gelet op de aangehaalde interpretatie van artikel 20, lid 1, van richtlijn 2014/24, lijkt aangenomen te moeten worden dat de aanbestedende overheid aldus de mogelijkheid heeft om de toegangsvoorwaarden zo te omschrijven dat niet alle “sociale werkplaatsen” en “ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben” toegang krijgen tot de betrokken overheidsopdracht.

Indien de aanbestedende overheid gebruik maakt van de mogelijkheid om bepaalde types van werkplaatsen of ondernemingen aan te wijzen als organisaties waaraan de toegang tot de betrokken overheidsopdracht wordt voorbehouden, moet zij echter, overeenkomstig artikel 15, vierde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, “sowieso” werkplaatsen en ondernemers “die beantwoorden aan gelijkwaardige voorwaarden” – als die welke gelden voor de aangewezen types van werkplaatsen en ondernemingen – aanvaarden (ibid.). Met het opleggen van die verplichting lijkt de Belgische wetgever tegemoet te komen aan het vereiste om, bij het bepalen van voorwaarden die aanvullend zijn ten opzichte van die welke in artikel 20, lid 1, van richtlijn 2014/24 zijn bepaald, het beginsel van gelijke behandeling in acht te nemen.

15. De verzoekende partijen voeren onder meer aan dat, overeenkomstig artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016, de “ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben”, enkel dat doel zouden moeten aantonen om toegang te krijgen tot een voorbehouden opdracht, en dat de voorwaarden om erkend te worden als maatwerkbedrijf of “gelijkwaardige voorwaarden” enkel zouden gelden voor een organisatie die zich beroept op het

statuut van “sociale werkplaats”. Met dat standpunt lijken zij echter voorbij te gaan aan artikel 15, derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 en aan de daarin vervatte mogelijkheid voor aanbestedende overheden om niet alle “sociale werkplaatsen” of “ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben” toegang tot een overheidsopdracht te geven. Gelet op die mogelijkheid lijken de voorwaarden om erkend te kunnen worden als een sociale-economieonderneming, zoals een maatwerkbedrijf, of daaraan gelijkwaardige voorwaarden, opgelegd te kunnen worden zowel aan “sociale werkplaatsen” als aan “ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben”.

16. In het bestek wordt bepaald dat, met toepassing van artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016, de toegang tot de opdracht wordt voorbehouden aan bepaalde types van organisaties. Meer bepaald moet de inschrijver aan twee voorwaarden voldoen. De eerste van die voorwaarden heeft betrekking op de aard zelf van de inschrijver. Het is deze voorwaarde die het voorwerp uitmaakt van het thans besproken tweede onderdeel van het eerste middel.

Volgens die eerste voorwaarde moet de inschrijver in beginsel een “sociale-economiebedrijf” of “sociale-economieonderneming” zijn. In het bestek wordt een niet-limitatieve opsomming van dergelijke ondernemingen gegeven: “sociale werkplaatsen”, “beschutte werkplaatsen” en “maatwerkbedrijven”. Aangezien de regelingen inzake sociale werkplaatsen en beschutte werkplaatsen in het Vlaamse Gewest zijn opgeheven, en die regelingen zijn vervangen door de regeling inzake maatwerkbedrijven, lijkt het enige type onderneming dat uitdrukkelijk in het bestek vermeld wordt, dat van een maatwerkbedrijf te zijn, als bedoeld in het decreet van 12 juli 2013’ betreffende maatwerk bij collectieve inschakeling’.

De toegang tot de opdracht wordt door het bestek echter niet beperkt tot maatwerkbedrijven. “Gelijkaardige binnenlandse en buitenlandse ondernemingen die erkend zijn overeenkomstig andere regelgevende kaders”, en

die “aantonen dat zij aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen”, hebben eveneens toegang tot de opdracht.

Letterlijk lijkt het bestek die verruiming slechts toe te staan voor de percelen 1 en 2. De Raad van State betwijfelt echter of dat wel de bedoeling van de verwerende partij was. In haar antwoord van 13 juni 2022 op de vraag van de verzoekende partijen om verduidelijking lijkt er alvast geen sprake te zijn van een beperking tot bepaalde percelen. De Raad van State gaat er voorshands dan ook van uit dat de bedoelde verruiming in werkelijkheid geldt voor alle percelen van de opdracht.

17. In het gunningsverslag wordt onderzocht of de verzoekende partijen gekwalificeerd kunnen worden als een maatwerkbedrijf of als een sociale-economieonderneming in het algemeen, en of zij voldoen aan voorwaarden die gelijkwaardig zijn aan die welke gelden voor maatwerkbedrijven. Door de verzoekende partijen wordt niet aangevoerd dat zij beschouwd kunnen worden als een ander type sociale-economieonderneming, of dat zij voldoen aan voorwaarden die gelijkwaardig zijn aan die welke gelden voor enig ander type van sociale-economieonderneming. In die omstandigheden kan voor het onderzoek van het tweede onderdeel het maatwerkbedrijf als het enige relevante type onder de specifieke types van sociale-economieonderneming beschouwd worden.

18. Om toegang te krijgen tot de voorliggende opdracht moet de inschrijver dus ofwel een “maatwerkbedrijf” (of een sociale-economieonderneming in het algemeen) zijn, ofwel een onderneming die voldoet aan voorwaarden die “gelijkwaardig” zijn aan die welke bij het decreet van 12 juli 2013 zijn bepaald voor maatwerkbedrijven. Uit het voornoemde antwoord van de verwerende partij van 13 juni 2022 lijkt voorts afgeleid te kunnen worden dat “gelijkaardige binnenlandse en buitenlandse ondernemingen” niet per se moeten aantonen “erkend” te zijn (overeenkomstig een ander regelgevend kader dan dat van de maatwerkbedrijven). De Raad van State acht het voorshands dan ook niet nodig om met een dergelijk vereiste rekening te houden.

In zoverre de verzoekende partijen voorhouden dat de bv Vazi via een andere weg dan het feit een maatwerkbedrijf of een gelijkwaardige onderneming te zijn, moet kunnen bewijzen dat zij een “ondernemer [is] die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel [heeft]”, in de zin van artikel 15, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, lijken zij nogmaals voorbij te gaan aan artikel 15, derde lid, en meer bepaald aan de daarin vervatte mogelijkheid voor aanbestedende overheden om nader te bepalen welke types van “sociale werkplaatsen” en “ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben” toegang krijgen tot de overheidsopdracht.

19. In het gunningsverslag toetst de verwerende partij de kenmerken van de twee verzoekende partijen aan de vereisten die bij het bestek bepaald worden in verband met de aard van de toegang hebbende ondernemingen.

In zoverre de verzoekende partijen kritiek hebben op het feit dat de verwerende partij bij die toetsing gesteund zou hebben op het feit dat geen van beide terug te vinden is in de databank sociale economie van de Vlaamse overheid, volstaat het op te merken dat de raadpleging van die databank slechts een eerste stap geweest lijkt te zijn. Mochten de verzoekende partijen in die databank opgenomen zijn geweest, dan had daaruit afgeleid kunnen worden dat zij een erkende sociale-economieonderneming zijn. Nu zij niet in die databank terug te vinden waren, moest verder onderzocht worden of de verzoekende partijen voldeden aan voorwaarden die gelijkwaardig zijn aan die welke gelden voor sociale-economieondernemingen, en in het bijzonder voor maatwerkbedrijven.

De kritiek op de aanwending van de databank sociale economie is dan ook niet ernstig.

20. De voorwaarden waaraan een onderneming moet voldoen om als maatwerkbedrijf erkend te worden, zijn bepaald in artikel 4, § 1, van het voornoemde decreet van 12 juli 2013.

Eén van de voorwaarden is dat de onderneming de rechtsvorm heeft van een vennootschap met een sociaal oogmerk of van een vereniging zonder winstoogmerk (artikel 4, § 1, tweede lid, 2°, van het voornoemde decreet). Daarnaast gelden echter andere voorwaarden, onder meer inzake het verschaffen van werk “op maat” aan een minimum aantal gesubsidieerde voltijdsequivalente doelgroepwerknemers (artikel 4, § 1, tweede lid, 1°), inzake het werk en begeleiding “op maat” als “maatschappelijke hoofdactiviteit” (artikel 4, § 1, tweede lid, 3°) en inzake het minimum percentage doelgroepwerknemers in het werknemersbestand (artikel 4, § 1, tweede lid, 4°).

Aan de bestreden beslissing lijkt dan ook geen onwettigheid verweten te kunnen worden in zoverre in het gunningsverslag ervan uitgegaan wordt dat de voorwaarden voor een erkenning als maatwerkbedrijf “erop gericht zijn dat een maatwerkbedrijf zich inzet voor de individuele begeleiding en uiteindelijke ‘doorstroom’ van doelgroepwerknemers naar de reguliere economie”. Evenmin lijkt aan de bestreden beslissing een onwettigheid verweten te kunnen worden in zoverre in het gunningsverslag wordt gesteld dat noch de erkenning van de bv Vazi als “vennootschap met sociaal oogmerk”, thans te begrijpen als een erkenning als “sociale onderneming”, noch het statutair doel van de vzw Mensenzorg op zich volstaan om de verzoekende partijen te kwalificeren als maatwerkbedrijf of zelfs als een sociale-economieonderneming in het algemeen.

21. Wat meer bepaald de bv Vazi betreft, voeren de verzoekende partijen aan dat deze vennootschap als “sociale onderneming” voldoet aan de “concrete voorwaarden” bepaald in artikel 6, § 1, van het koninklijk besluit van 28 juni 2019 ‘tot vaststelling van de voorwaarden van de erkenning als landbouwonderneming en als sociale onderneming’. Volgens de verzoekende partijen legt de verwerende partij niet uit waarom die voorwaarden niet aantonen dat de bv Vazi een “ondernemer [is] die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel heeft”, in de zin van artikel 15, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Daargelaten de vraag of de bv Vazi in werkelijkheid voldoet aan de voorwaarden bepaald in artikel 6, § 1, van het voornoemde koninklijk

besluit, dan wel of zij op grond van de overgangsbepaling van artikel 42, § 1, van de wet van 23 maart 2019 ‘tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen’ slechts “vermoed” wordt aan die voorwaarden te voldoen, lijkt uit die voorwaarden niet zonder meer afgeleid te kunnen worden dat het gaat om een onderneming “die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel (heeft)”, in de zin van artikel 15, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016. Met die laatste uitdrukking worden immers ondernemingen bedoeld “waarvan het belangrijkste doel de ondersteuning is van de sociale en beroepsmatige integratie of herintegratie van gehandicapten en kansarmen, zoals bepaalde soorten werklozen, leden van achtergestelde minderheden of andere maatschappelijk gemarginaliseerde groepen” (memorie van toelichting, aangehaald, p. 41, die blijkbaar grotendeels overeenstemt met overweging 36 van richtlijn 2014/24). Uit artikel 8:5, § 1, eerste lid, 1°, WVV en artikel 6, § 1, 1°, van het koninklijk besluit van 28 juni 2019 volgt immers wel dat sociale ondernemingen “hoofdzakelijk tot doel [hebben], in het algemeen belang, een positieve maatschappelijke impact te bewerkstelligen op de mens, het milieu of de samenleving”, maar niet dat die impact bewerkstelligd wordt door de sociale en beroepsmatige integratie of herintegratie van gehandicapten en kansarmen.

Uit de voorwaarden bepaald in artikel 6, § 1, van het voornoemde koninklijk besluit lijkt evenmin zonder meer afgeleid te kunnen worden dat het gaat om een onderneming die werk en begeleiding “op maat” verschaft, wat een essentieel kenmerk is van een maatwerkbedrijf.

De verwerende partij lijkt dan ook wettig te hebben kunnen oordelen, niet enkel dat de erkenning als “vennootschap met sociaal oogmerk”, of thans als “sociale onderneming”, “op zich ruim onvoldoende [is] om te kunnen kwalificeren als maatwerkbedrijf of [als] een sociale-economieonderneming in het algemeen”, maar ook dat de bv Vazi niet aantoonde dat zij voldoet aan gelijkwaardige voorwaarden als die welke gelden voor maatwerkbedrijven.

De in het gunningsverslag gegeven motieven lijken bovendien voldoende begrijpelijk en duidelijk.

22. De verzoekende partijen oefenen ook kritiek op de overwegingen in het gunningsverslag in verband met het “precair” karakter van de erkenning van de bv Vazi als “sociale onderneming”.

Gelet op het voorgaande, is die kritiek niet dienstig. Ook al zou de erkenning niet als “precair” beschouwd moeten worden, de verwerende partij lijkt wettig te kunnen oordelen dat een dergelijke erkenning niet volstaat om toegelaten te worden tot de litigieuze overheidsopdracht.

23. Wat voorts de vzw Mensenzorg betreft, wordt in het gunningsverslag overwogen dat “het inschrijven van een statutair doel op zich geen enkele concrete waarborg biedt”, en dat “het steunen van hulpbehoevenden en het verkleinen van de afvalberg [...] op zich ook onvoldoende [zijn] om aan te tonen dat het wel degelijk gaat om een sociale-economieonderneming in de zin van artikel 15 van de wet op de overheidsopdrachten”.

De verzoekende partijen voeren hiertegen aan dat de vzw Mensenzorg geen andere activiteiten heeft dan “het helpen van hulpbehoevenden”. Zij illustreren dit aan de hand van een aantal activiteiten: de uitbating van een “sociaal verkoopcentrum”, het beroep op vrijwilligers “die onder begeleiding staan van de RVA of het ziekenfonds”, de samenwerking met een instelling “waar moeilijk opvoedbare jongeren gehuisvest zijn”, en het ondersteunen van allerlei sociale activiteiten en projecten. Volgens de verzoekende partijen maakt de verwerende partij niet duidelijk waarom al deze elementen niet volstaan om aan de vzw Mensenzorg de hoedanigheid te ontzeggen van “ondernemer die de maatschappelijke of professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel heeft”.

Het loutere feit dat een vereniging hulp biedt aan een ruime groep van hulpbehoevenden lijkt echter geen aanwijzing te bevatten dat zij beschouwd kan worden als een “sociale werkplaats” of als een onderneming waarvan het doel bestaat in “de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen”, in de zin van artikel 15, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016. De door de verzoekende partijen gegeven voorbeelden van hulpverlening lijken met name geen blijk te geven van enige

tewerkstelling, laat staan een tewerkstelling met het oog op integratie of herintegratie van de betrokken werknemers in de reguliere economie.

De verwerende partij lijkt dan ook wettig te hebben kunnen oordelen dat de vzw Mensenzorg niet aantoonde dat zij voldoet aan gelijkwaardige voorwaarden als die welke gelden voor maatwerkbedrijven.

24. Gelet op het voorgaande, lijken de verzoekende partijen niet aannemelijk te maken dat ten onrechte werd geoordeeld dat zij niet voldoen aan de eerste voorwaarde bepaald in artikel 15, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 en nader uitgewerkt in het bestek.

Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Eerste onderdeel

25. In het eerste onderdeel voeren de verzoekende partijen in essentie aan dat de verwerende partij ten onrechte ervan uitgegaan is dat elk van de twee deelgenoten van een maatschap afzonderlijk moet voldoen aan de voorwaarden om toegang te hebben tot een voorbehouden overheidsopdracht. Volgens de verzoekende partijen volstaat het dat de maatschap, als “combinatie of tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen”, aan die voorwaarden voldoet.

26. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het onderdeel op.

Zij voert aan dat de verzoekende partijen in hun offerte hun respectieve kwalificaties en eenheden betreffende het voorbehouden toegangsrecht afzonderlijk hebben uiteengezet, en dat zij niet de oefening hebben gemaakt van het samenbrengen van die kwalificaties en eenheden. Het staat volgens haar niet aan de aanbestedende overheid om een dergelijke oefening te maken, zeker niet als hiertoe in de offerte niet de minste aanzet wordt gegeven.

In de gegeven omstandigheden is het resultaat van een beoordeling of de verzoekende partijen samen beantwoorden aan de voorwaarden bepaald in artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 “volstrekt onbekend”. A fortiori tonen de verzoekende partijen niet aan dat een dergelijke gezamenlijke beoordeling hun een voordeel zou opleveren, in de zin van een meer gunstige beslissing dan de bestreden beslissing.

27. Ter terechtzitting repliceren de verzoekende partijen dat zij enkel aannemelijk moeten maken dat de bestreden beslissing onwettig is. Zij moeten niet aantonen dat die beslissing wettig is: dat is een zaak voor de verwerende partij, onder toezicht van de Raad van State.

Volgens de verzoekende partijen kunnen zij dan ook wel degelijk de wettigheid betwisten van de beslissing waarbij geoordeeld wordt dat zij elk afzonderlijk moeten voldoen aan de voorwaarden om toegang te hebben tot de litigieuze overheidsopdracht.

28. Zoals de verwerende partij terecht lijkt aan te voeren, hebben de verzoekende partijen in hun offerte niet uiteengezet tot welk resultaat een beoordeling zou leiden waarbij de maatschap als geheel getoetst zou worden aan de voorwaarden om toegang te hebben tot de litigieuze overheidsopdracht. De verzoekende partijen gaan ook in hun verzoekschrift niet op deze kwestie in.

Het valt dan ook moeilijk in te zien welk belang het eerste onderdeel voor hen heeft.

Dit geldt te dezen des te meer nu de conclusie van de bespreking van het tweede onderdeel is dat niet is aangetoond dat de verwerende partij onwettig beslist zou hebben dat noch de eerste verzoekende partij noch de tweede verzoekende partij voldoet aan de voorwaarden om toegang te hebben tot de opdracht. Als geen van de verzoekende partijen aan de voorwaarden voldoet, valt op het eerste gezicht niet in te zien welke de meerwaarde zou zijn van een beoordeling van de vervulling van de voorwaarden in hoofde van de combinatie van die partijen als zodanig.

In die omstandigheden tonen de verzoekende partijen voorshands niet aan dat zij een belang hebben bij het eerste onderdeel.

29. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

30. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 4 en 15 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het bestek, de materiële motiveringsplicht, de *patere legem*-plicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat de verwerende partij de verzoekende partijen de toegang tot haar litigieuze overheidsopdracht weigert omdat zij als tijdelijke maatschap geen 30% kansarme werknemers zouden tewerkstellen.

De verzoekende partijen voeren aan dat de door de verwerende partij aangehaalde motieven om te oordelen dat zij niet voldoen aan de voorwaarde inzake 30 % kansarme werknemers, feitelijk onjuist en rehtens niet aanvaardbaar zijn, minstens dat er sprake is van een niet-afdoende motivering.

Zij benadrukken in de eerste plaats dat de bewijsvoering die zij aanbrachten voor het voldoen aan de tweede voorwaarde, niet beperkt was tot het “eenzijdig rapporteren” van de werknemers zonder diploma. In hun offerte hebben zij ook uittreksels bijgebracht uit de Leer- en ervaringsbewijzendatabank (LED), een officiële databank van de Vlaamse overheid, en kopies van de identiteitskaarten van de werknemers, ook officiële documenten.

Voorts stellen zij vast dat artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 het begrip “kansarme werknemer” niet definieert. De rechter mag dan ook teruggrijpen naar definities van ditzelfde begrip in andere wetgeving, en meer bepaald in de Europese regelgeving, die de meest relevante is gezien de oorsprong van artikel 15 van de wet. De verzoekende partijen

verwijzen naar de omschrijving van het begrip “benadeelde werknemer” (in het Frans: “*personne défavorisée*”) in artikel 2, onder f), van verordening (EG) nr. 2204/2002 van de Commissie van 5 december 2002 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op werkgelegenheidssteun’, en naar de omschrijving van het begrip “kansarme” in artikel 3 van verordening (EU) nr. 1304/2013 van het Europees Parlement en van de Raad van 17 december 2013 ‘betreffende het Europees Sociaal Fonds en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1081/2006 van de Raad’. Zij wijzen ook op de voorbeelden van “kansarmen” die gegeven zijn tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet overheidsopdrachten 2016 (memorie van toelichting, aangehaald, pp. 41-42), waaruit blijkt dat het begrip een ruime uitleg verdient.

De verzoekende partijen overlopen vervolgens de werknemers van de bv Vazi die wegens hun leeftijd, het gebrek aan diploma of hun vreemde origine als kansarm moeten worden beschouwd. Zij betwisten dat enkel de VDAB zou kunnen attesteren dat iemand een kansarme werknemer is.

31. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op.

Zij voert aan dat, om toegang te krijgen tot de plaatsingsprocedure, een inschrijver krachtens artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 cumulatief moet voldoen aan twee voorwaarden: een eerste voorwaarde in verband met de aard van de inschrijver, en een tweede voorwaarde in verband met het percentage gehandicapte werknemers of kansarme werknemers. Zodra een inschrijver niet voldoet aan de eerste voorwaarde, heeft hij geen belang meer bij grieven gericht tegen de beslissing dat hij ook niet voldoet aan de tweede voorwaarde.

In zoverre het eerste middel, dat gericht is tegen de beslissing inzake de eerste voorwaarde, niet ernstig is, hebben de verzoekende partijen geen belang meer bij het tweede middel, dat gericht is tegen de beslissing inzake de tweede voorwaarde.

Beoordeling

32. In het tweede middel betwisten de verzoekende partijen de vaststelling in de bestreden beslissing dat zij niet zouden voldoen aan de tweede in het bestek gestelde toegangsvoorwaarde tot de voorbehouden opdracht, namelijk dat de inschrijver een werknemersbestand dient te hebben dat voor minstens 30 % uit personen met een handicap of kansarme werknemers bestaat.

Om toegang te krijgen tot de plaatsingsprocedure dient een inschrijver, krachtens het bestek en artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016, aan te tonen dat hij voldoet aan twee cumulatieve voorwaarden.

Uit het onderzoek van het eerste middel volgt, in de huidige stand van de procedure, dat de verwerende partij op het eerste gezicht wettig heeft kunnen vaststellen dat geen van de verzoekende partijen voldoet aan de eerste in het bestek bepaalde voorwaarde, namelijk dat zij een “sociale werkplaats” dienen te zijn of een “onderneming waarvan het doel bestaat in de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen”. Bijgevolg lijkt met de verwerende partij te mogen worden vastgesteld dat de verzoekende partijen geen belang meer hebben bij het tweede middel, dat kritiek uitoefent op het oordeel dat zij ook niet voldoen aan de tweede voorwaarde. Die kwestie is overigens, zoals uit het gunningsverslag blijkt, daarin louter ten overvloede onderzocht.

33. Het tweede middel is niet ernstig

VI. Besluit

34. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

Silja Doms,	griffier.
-------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens