

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 255.415 van 29 december 2022
in de zaak A. 237.819/XII-9290**

In zake: de VZW GATAM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Verbist en Gaël Bedert
kantoor houdend te 2560 Kessel
Torenvenstraat 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de HAVEN VAN ANTWERPEN-BRUGGE,
nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen-Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 december 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Haven van Antwerpen (lees: de Haven van Antwerpen-Brugge) van 17 november 2022 tot niet-selectie van de kandidatuur van Gatam vzw voor de raamovereenkomst netheidsonderhoud rechteroever (sociale economie) – B11028”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 december 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gaël Bedert, die *loco* advocaat Stijn Verbist verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten voor een ‘raamovereenkomst netheidsonderhoud rechteroever (sociale economie)’.

De opdracht wordt geplaatst met een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

Het betreft een voorbehouden opdracht in de zin van artikel 15 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 augustus 2022.

In de aankondiging wordt vermeld:

“Overeenkomstig artikel 15 van de wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016 wordt de toegang tot de plaatsingsprocedure voor deze opdracht voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben.”

3.3. De selectieleidraad omschrijft in detail de voorwaarden waaraan de inschrijvers moeten voldoen om toegang te hebben tot de voorbehouden opdracht:

“1.7.2. Toegangsvoorbehoud aan de sociale economie

Overeenkomstig artikel 15 van de wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016, wordt de toegang tot de plaatsingsprocedure voor deze 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 de plaatsingsprocedure voor deze opdracht, moet de kandidaat aan twee cumulatieve voorwaarden voldoen:

1) De kandidaat 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.

Het gaat, onder meer, om volgende sociale economieondernemingen:

- 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 deze plaatsingsprocedure op voorwaarde dat zij aantonen dat zij aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen.

2) De kandidaat 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;
- leden van maatschappelijk gemarginaliseerde groepen.

De kandidaat toont aan dat hij aan de bovenvermelde voorwaarden voldoet door de hiernavolgende documenten en inlichtingen bij zijn aanvraag tot deelneming te voegen:

- a. een document uitgaande van de bevoegde overheid, waaruit blijkt dat de organisatie van de kandidaat officieel erkend is als sociale economieonderneming zoals hierboven onder punt 1) omschreven of gelijkwaardig;
- b. voor zover uit de voorgelegde erkenning niet blijkt dat het werknemersbestand van de organisatie van de kandidaat voor minstens 30% uit personen met een handicap of kansarme werknemers bestaat: een beschrijving van het werknemersbestand van de organisatie van de kandidaat, waarin opgave wordt gedaan van:
 - het totale aantal tewerkgestelde werknemers;
 - het aantal tewerkgestelde werknemers met een handicap; en

- het aantal tewerkgestelde kansarme werknemers.

De kandidaat voegt, in het geval waarin de erkenning niet bewijst dat aan de 30% voorwaarde wordt voldaan, bij zijn aanvraag tot deelneming 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 19 september 2022 worden vijf aanvragen tot deelneming geopend, waaronder die van de verzoekende partij. In haar aanvraag licht deze toe dat zij als sociale-economieorganisatie een doorstroomorganisatie is die met het OCMW van Antwerpen samenwerkt in het kader van artikel 60, § 7, van de organieke wet van 8 juli 1976 ‘betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn’ (hierna: OCMW-wet). Dit betekent dat de personen die zij zal inzetten voor de uitvoering van de opdracht leeflooncliënten van het OCMW zijn en geen werknemers van de verzoekende partij zelf; de verzoekende partij staat in voor de begeleiding van de betrokken personen in het kader van een werkervaringstraject met het oog op doorstroming naar het normaal economisch circuit of verdere opleiding.

3.5. Op 12 oktober 2022 vraagt de verwerende partij verduidelijking aan de verzoekende partij over de vraag of zij voldoet aan de toegangsvoorwaarden tot de voorbehouden opdracht:

“Om uw inschrijving correct te kunnen beoordelen, verzoeken wij u hierbij ons ten spoedigste en uiterlijk binnen de 7 kalenderdagen na verzenddatum van onderhavige brief de hierna vermelde documenten te bezorgen:

- Gelieve aan te tonen dat de werkplaatsen, ondernemingen of programma’s waarmee u zal samenwerken, ten minste beschikken over dertig procent van werknemers die behoren tot gehandicapte of kansarme werknemers.”

De verzoekende partij antwoordt op 18 oktober 2022 onder meer het volgende:

“In de definitie die in het bestek gehanteerd wordt, is er sprake van een enge interpretatie van sociale economie. De definitie waar sprake van is, is enkel van toepassing op maatwerkbedrijven of lokale diensteneconomie,

aangezien zij mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt (gehandicapten of werknemers) via bepaalde statuten op hun payroll hebben. Dit zijn de vroegere sociale en beschutte werkplaatsen (dit is veranderd door het in voege gaan van het maatwerkdecreet collectief maatwerk). Daarnaast kunnen mensen in andere projecten of statuten bij deze organisaties aan de slag, maar minstens de meerderheid valt onder het statuut sociale/beschutte werkplaats.

Gatam valt niet onder deze noemer, aangezien wij een doorstroomorganisatie zijn voor mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt (kansarmen zoals de term in de definitie gebruikt wordt). Zoals in onze statuten staat vermeld zijn wij gericht op het opzetten van werkingen en projecten voor mensen in kwetsbare situaties. We doen dit echter niet door mensen zelf in dienst te nemen: ze werken bij ons mee in projecten, nemen deel aan opleidingen, doen werkervaring op, ... en stromen vervolgens door naar jobs in het normaal economisch circuit.

Voor het project Haventornado's, waarmee we kandideren voor dit bestek, werken we met mensen met een zeer grote afstand tot de arbeidsmarkt, die bij ons een artikel 60-traject doorlopen om werkervaring op te doen en te werken aan hun arbeidsattitude. Een traject artikel 60 is een maatregel voor cliënten van OCMW, voor wie geen mogelijkheid bestaat om op korte termijn een 'gewone' job te vinden. Het is dus een ander soort statuut, waarbij ze op de payroll staan van OCMW/Stad Antwerpen, maar hun werkervaringstraject bij Gatam doorlopen. De doelgroep betreft echter mensen in zeer kwetsbare situaties die heel wat ondersteuning nodig hebben. In het document rond sociale economie kan u ook onze overeenkomst vinden met OCMW (die binnenkort opnieuw verlengd wordt)."

Bij haar antwoord voegde zij een bijlage waarin zij bijkomende uitleg gaf over haar werking. Zij legde daarin onder meer uit dat zij werkt met "jongeren uit het stelsel leren en werken, volwassen [...] werkzoekenden waarvan het merendeel laaggeschoold en/of nieuwkomer of vluchteling is, en OCMW-klienten die een werkervaringstraject doorlopen".

3.6. Op 28 oktober 2022 wordt een verslag van nazicht van de kandidaturen (selectieverslag) opgesteld. Daarin worden vier van de vijf kandidaten geselecteerd.

De verzoekende partij wordt niet geselecteerd, op grond van de volgende motivering:

"Op 12 oktober werd bijkomende info gevraagd om te beoordelen of Gatam voldoet aan de quota van werknemers zoals vermeld in art. 15 van

de wet [...] overheidsopdrachten (voorbehouden opdracht). Op 18 oktober heeft Gatam antwoord gestuurd met bijkomende inlichtingen. Gatam kan niet aantonen dat ten minste dertig procent van werknemers van de werkplaatsen, ondernemingen of programma's waarmee zal worden samengewerkt, behoren tot gehandicapte of kansarme werknemers.”

3.7. Na kennisname van het verslag van nazicht van de kandidaturen, keurt de ‘Port infrastructure manager’ op een niet nader bepaalde datum de niet-selectie van de verzoekende partij goed (artikel 2). Hij keurt ook de selectie van de vier andere kandidaten goed en geeft opdracht aan de dienst Procurement om deze ondernemingen aan te schrijven, na de wachttermijn van 15 dagen, met het oog op het indienen van een offerte (artikelen 3 en 4). Ten slotte keurt hij het bestek ‘B11028 – Raamovereenkomst netheidsonderhoud rechteroever (sociale economie)’ goed (artikel 5).

Op 17 november 2022 wordt aan de verzoekende partij kennis gegeven van haar niet-selectie.

Op 24 november 2022 keurt het directiecomité van de verwerende partij de voormelde beslissing van de ‘Port infrastructure manager’ goed.

IV. Nadere verduidelijking omtrent het voorwerp van de vordering

4. De verzoekende partij omschrijft het voorwerp van haar vordering als “de beslissing van de Haven van Antwerpen [- Brugge] van 17 november 2022 tot niet-selectie van [haar aanvraag tot deelneming]”.

Uit het administratief dossier blijkt dat op die dag de kennisgeving van de beslissing tot niet-selectie aan de verzoekende partij is gezonden. Op dat ogenblik lag echter enkel het voorstel van beslissing van de ‘Port infrastructure manager’ voor. Dat voorstel werd pas op 24 november 2022 door het directiecomité van de verwerende partij goedgekeurd.

De vordering dient dan ook te worden geacht te zijn gericht tegen de beslissing van het directiecomité van de verwerende partij van 24 november 2022 tot niet-selectie van de verzoekende partij.

De vaststelling dat de vordering aldus strikt genomen gericht werd tegen een louter voorbereidende handeling, dient evenwel niet tot de niet-ontvankelijkheid ervan te leiden. De verzoekende partij kan niet verweten worden dat zij haar vordering heeft ingesteld na ontvangst van de kennisgeving van 17 november 2022. Ook vanuit proceseconomisch oogpunt is er alle reden om de vordering te beschouwen als gericht tegen de beslissing van het directiecomité, die overigens in niets afwijkt van het voorstel van de ‘Port infrastructure manager’.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste en tweede middel

Standpunt van de partijen

6.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016, *juncto* de artikelen 4 en 5 van de voormelde wet, gelezen in samenhang met het gelijkheidsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel en de formeel motiveringsplicht, het

zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

De verzoekende partij geeft de volgende “samenvatting” van het middel:

“Aangezien verwerende partij zich klaarblijkelijk beroept op artikel 15 van de wet Overheidsopdrachten 2016 welke in een bijzonder regime voorziet voor overheidsopdrachten waarbij de toegang tot de plaatsingsprocedure voor de opdracht wordt voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben.

Aangezien met de bestreden beslissing [...] de aanvraag tot deelneming van verzoekende partij niet wordt weerhouden onder de motivering dat verzoekende partij niet zou aantonen dat ten minste dertig procent van de werknemers van de werkplaatsen, ondernemingen of programma's waarmee zal worden samengewerkt, gehandicapte of kansarme werknemers zijn.

Aangezien verzoekende partij nochtans onmiskenbaar heeft aangetoond dat zij wel aan voormelde toegangsvoorwaarde voldoet, nu dit vaststaand blijkt uit (i) de statuten van verzoekende partij, (ii) de omschrijving inzake sociale economie bij de aanvraag tot deelneming en (iii) de bijgevoegde terbeschikkingstellingsovereenkomst met het OCMW. Dat verzoekende partij aldus aantoont dat zij een sociale economieonderneming betreft, minstens dat zij vergelijkbaar is met een sociale economieonderneming, derhalve dat zij aan de voorwaarden van het toegangsvoorbehoud volgens de selectieleidraad voor de raamovereenkomst netheidsonderhoud rechteroever (sociale economie) van de Haven van Antwerpen – Brugge voldoet.

Dat op dit moment uit geen enkel stuk van het administratief dossier blijkt waarom een onderneming welke toepassing maakt van artikel 60§7 van de organieke wet op de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van 8 juli 1976 niet zou kunnen voldoen aan het gestelde selectie criterium / toegangsvoorbehoud inzake sociale economie.

Terwijl artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet nochtans stelt dat de aanbestedende overheid werkplaatsen, ondernemers en programma's moet aanvaarden die beantwoorden aan gelijkwaardige voorwaarden. Zodoende dat de beslissing van verwerende partij om beroep te doen op dit criterium ter motivering van de beslissing tot niet-selectie van Gatam vzw niet steunt op een draagkrachtig motief. Dat artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet aldus wordt miskend.

Dat daarmee ook het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel vervat in [de artikelen] 4 en 5 van de Overheidsopdrachtenwet wordt miskend. Dat er daarmee ook sprake is van een beperking waarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd, doch het

evenredigheidsbeginsel niet wordt nageleefd aangezien verder wordt gegaan dan noodzakelijk is om dit legitiem doel te bereiken.

Dat de schending van voormelde rechten en vrijheden ook dient te worden gelezen in het licht van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.”

6.2. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van de artikelen 4 en 5 van de wet overheidsopdrachten 2016, het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht.

Dit middel wordt samengevat als volgt:

“Aangezien verzoekende partij dient vast te stellen dat zij overeenkomstig artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet minstens een vergelijkbare sociale economieonderneming betreft. Aangezien verzoekende partij immers uitdrukkelijk tot doel heeft om gehandicapten en kansarmen te ondersteunen in de maatschappelijke en professionele integratie en daarvoor samenwerkt met het OCMW Antwerpen via een terbeschikkingstellingsovereenkomst in toepassing van artikel 60§7 van de organieke wet op de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van 8 juli 1976.

Aangezien het voorbehoud aan de sociale economie [...] ook niet rechtstreeks of onrechtstreeks discriminerend [mag] zijn ten aanzien van de kandidaten of inschrijvers uit andere lidstaten die aan soortgelijke voorwaarden voldoen. Dat deze regel een concretisering vormt van het beginsel van de non-discriminatie, dat als een rode draad door de wetgeving overheidsopdrachten loopt.

Terwijl verwerende partij kennelijk geen rekening heeft gehouden met de doelomschrijving en werkwijze van verzoekende partij in toepassing van artikel 60 § 7 van de organieke wet op de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van 8 juli 1976.

Zodoende dat verwerende partij door te beslissen tot de niet-selectie van verzoekende partij op de enkele grond dat verzoekende partij niet zou aantonen dat ten minste dertig procent van de werknemers van de werkplaatsen, ondernemingen of programma's waarmee zal worden samengewerkt, gehandicapte of kansarme werknemers zijn, de beginselen inzake gelijkheid en non-discriminatie heeft miskend.”

7. In haar nota benadrukt de verwerende partij in de eerste plaats het belang van de 30%-drempel van het voormelde artikel 15. Vervolgens wijst zij erop dat de verzoekende partij niet aantoonde te voldoen aan die voorwaarde. De verzoekende partij verwijst wel naar een terbeschikkingstellingsovereenkomst met het OCMW van Antwerpen, maar, zo betoogt de verwerende partij:

“Deze terbeschikkingstellingsovereenkomst, die afliep op 1 december 2022 (en waarop verzoekende partij zich derhalve niet kan beroepen), toont echter geen werknemersbestand aan dat inzetbaar zou zijn voor de opdracht van verwerende partij noch bevat deze een beschrijving van het werknemersbestand waaruit zou blijken dat 30% van de werknemers voldoet aan gehandicapte of kansarme werknemers.

Opmerking: in het kader van huidige procedure voegt verzoekende partij een andere overeenkomst die zij zelf klaarblijkelijk heeft ondertekend op 15 november 2022 [...]. Deze overeenkomst werd niet bij de aanvraag tot deelneming gevoegd en evenmin bij de toelichting van 18 oktober 2022. Verzoekende partij kan aan verwerende partij derhalve niet verwijten hiermee geen rekening te hebben gehouden. Sowieso dateert deze overeenkomst van na de uiterste datum voor het indienen van de aanvragen tot deelneming. Daarnaast is het niet duidelijk of het OCMW akkoord is met de inhoud van de overeenkomst. De handtekening namens het OCMW dateert immers van 28 januari 2020.

[...]Gelet op de onduidelijkheden in de aanvraag tot deelneming van verzoekende partij, verzocht verwerende partij om verduidelijking per aangetekend schrijven van 12 oktober 2022. Daarbij werd verzoekende partij zeer concreet verzocht om aan te tonen dat minstens 30% werknemers van het OCMW behoren tot gehandicapte of kansarme werknemers [...].

Verzoekende partij bezorgde toelichtingen per e-mail d.d. 18 oktober 2022 [...], waarin zij bevestigde het ‘voornemen’ te hebben om te zullen samenwerken met het OCMW, doch waarbij geen bewijs werd geleverd dat minstens 30% van diens werknemers zouden voldoen aan de voorwaarde te behoren tot gehandicapte of kansarme werknemers. Bovendien lag er geen nieuwe terbeschikkingstellingsovereenkomst voor noch een bewijs van voornemen tot verlenging van het OCMW.

Deze bijkomende informatie bevestigde allerm minst dat voor de opdracht beroep zou worden gedaan op het OCMW én vooral dat minstens 30% van deze werknemers zou voldoen aan de voorwaarde te behoren tot gehandicapte of kansarme werknemers. Enig concreet stuk werd daartoe niet voorgebracht.

[...]Anders dan verzoekende partij voorhoudt, is de beslissing tot niet-selectie niet ingegeven vanuit het feit dat zij niet erkend is als sociale economieonderneming en/of dat zij niet over een eigen werknemersbestand beschikt.

Wel schoot verzoekende partij tekort bij het aantonen dat voor het project daadwerkelijk beroep zou kunnen worden gedaan op het OCMW én dat (samen) met deze werknemers de voorwaarde zou vervuld zijn dat minstens 30% gehandicapte of kansarme werknemers zouden zijn.

Deze garantie wordt niet geboden door louter te verwijzen naar de statuten van verzoekende partij, de gehanteerde werkwijze, het voornemen om een terbeschikkingstellingsovereenkomst te sluiten met het OCMW,... zonder dat verzoekende partij een opsomming geeft van het werknemersbestand en het percentage aan gehandicapte of kansarme werknemers.

Het bewijs dat verzoekende partij aan de wettelijke voorwaarden van artikel 15 Wet Overheidsopdrachten 2016 voldoet, werd bijgevolg niet geleverd. Verwerende partij kon verzoekende partij derhalve niet selecteren nu de voorwaarden van het genoemde artikel 15 (en de selectieleidraad) [...] een determinerende factor uitmaakt voor de toegang tot voorbehouden opdrachten.”

Volgens de verwerende partij doet de verzoekende partij dan ook ten onrechte gelden dat zij werd geweerd omdat zij niet werd beschouwd als een onderneming die “gelijkwaardig” is aan een erkende sociale-economieonderneming; de verzoekende partij werd niet geselecteerd “bij gebrek aan het aantonen dat zij voldoet aan de voorwaarden gesteld in artikel 15 van de wet, specifiek aan de voorwaarde dat 30% [van de werknemers] gehandicapte of kansarme werknemers zijn die zullen worden ingezet voor het project”.

8. Ook wat het tweede middel betreft, herhaalt de verwerende partij dat, zoals zij onder het eerste middel heeft uiteengezet, de motivering van de beslissing tot niet-selectie niet te vinden is in het feit dat de verzoekende partij geen eigen werknemersbestand heeft van gehandicapte of kansarme werknemers, en in plaats daarvan het opzet heeft om hiertoe een terbeschikkingstellingsovereenkomst te sluiten met het OCMW dat werknemers zal aanleveren via artikel 60, § 7, van de OCMW-wet. De verwerende partij benadrukt dat ook in dat geval de verzoekende partij moet aantonen dat 30 % van de werknemers, gehandicapte of kansarme werknemers zijn, wat zij niet deed.

“De selectieleidraad voorziet aldus wel degelijk in een gelijke en niet-discriminerende toegang tot de overheidsopdracht waarbij alle inschrijvers op dezelfde wijze dienen aan te tonen dat het werknemersbestand van de eigen onderneming of de ondernemingen waarmee zij samenwerken, zal voldoen aan de vereiste van 30 % gehandicapte of kansarme werknemers.”

Beoordeling

9. 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. 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.”

10. In de selectieleidraad worden de voorwaarden waaraan de inschrijvers moeten beantwoorden, nader bepaald.

Met betrekking tot het soort ondernemingen dat in aanmerking komt voor de opdracht, beperkt de selectieleidraad de toegang tot sociale werkplaatsen en ondernemingen waarvan het doel bestaat in de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen. Daaronder worden sociale-economieondernemingen verstaan, waaronder maatwerkbedrijven en gelijkaardige ondernemingen die erkend zijn en die voldoen aan gelijkwaardige voorwaarden. Terloops kan opgemerkt worden dat de selectieleidraad geen gebruikmaakt van de mogelijkheid, bepaald bij artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016, om de toegang ook open te stellen voor andere ondernemingen, mits de te gunnen opdracht door hen wordt uitgevoerd in het kader van een programma voor beschermde arbeid.

Met betrekking tot het minimum percentage van gehandicapte en kansarme werknemers bepaalt de selectieleidraad dat “[d]e kandidaat [...] een werknemersbestand [dient] te hebben dat voor minstens 30% uit personen met een handicap of kansarme werknemers bestaat”.

11. Voor het onderzoek van de eerste twee middelen past het vooraf uit te maken op welke precieze grond de verwerende partij beslist heeft om de verzoekende partij niet te selecteren.

Met haar schrijven van 12 oktober 2022 vroeg de verwerende partij aan de verzoekende partij om aan te tonen “dat de werkplaatsen, ondernemingen of programma's waarmee [zij] zal samenwerken, ten minste beschikken over dertig procent van werknemers die behoren tot gehandicapte of kansarme werknemers”.

In haar antwoord van 18 oktober 2022 legde de verzoekende partij onder meer uit, zoals zij ook in het door haar bij haar aanvraag tot

deelneming gevoegde document rond sociale economie had gedaan, dat zij voor het project Haventornado's, waarmee zij voor dit bestek kandideert, met mensen werkt die "een artikel 60-traject doorlopen om werkervaring op te doen en te werken aan hun arbeidsattitude. Een traject artikel 60 is een maatregel voor cliënten van OCMW, voor wie geen mogelijkheid bestaat om op korte termijn een 'gewone' job te vinden. Het is dus een ander soort statuut, waarbij ze op de payroll staan van OCMW/Stad Antwerpen, maar hun werkervaringstraject bij Gatam doorlopen. De doelgroep betreft echter mensen in zeer kwetsbare situaties die heel wat ondersteuning nodig hebben". De verzoekende partij voegde bij haar antwoord de lopende 'terbeschikkingstellingsovereenkomst' met het OCMW Antwerpen, en voegde eraan toe dat die overeenkomst "binnenkort opnieuw verlengd wordt".

Volgens het verslag van nazicht van de kandidaturen kon de verzoekende partij "niet aantonen dat ten minste dertig procent van werknemers van de werkplaatsen, ondernemingen of programma's waarmee zal worden samengewerkt, behoren tot gehandicapte of kansarme werknemers".

Uit het voorgaande lijkt te volgen dat de niet-selectie van de verzoekende partij steunt op de enkele grond dat zij niet aantoonde dat zij voldoet aan de 30%-voorwaarde inzake werknemers. Zoals de verwerende partij in haar nota aanvoert, lijkt de uitsluiting van de verzoekende partij daarentegen niet te steunen op het feit dat zij geen sociale-economieonderneming zou zijn.

12. In zoverre het eerste en het tweede middel ervan uitgaan dat de niet-selectie van de verzoekende partij steunt op het feit dat zij geen sociale-economieonderneming of daarmee vergelijkbare onderneming zou zijn, lijken die middelen dan ook te steunen op een verkeerde lezing van de bestreden beslissing, en om die reden feitelijke grondslag te missen.

In zoverre zijn die middelen niet ernstig.

Hierna worden die middelen nog enkel onderzocht in zoverre daarin wordt aangevoerd dat de verzoekende partij, via de terbeschikkingstelling van werknemers door het OCMW Antwerpen, voldoet aan het vereiste dat 30 % van haar werknemersbestand gehandicapt of kansarm moet zijn.

“Wanneer een persoon het bewijs moet leveren, van een periode van tewerkstelling om het volledige voordeel van bepaalde sociale uitkeringen te verkrijgen of teneinde de werkervaring van de betrokkene te bevorderen, neemt het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn alle maatregelen om hem een betrekking te bezorgen, in voorkomend geval verschaft het deze vorm van dienstverlening zelf door voor de bedoelde periode als werkgever op te treden.

De periode van de tewerkstelling bedoeld in vorig lid, mag niet langer zijn dan de periode die voor de tewerkgestelde persoon nodig is om gerechtigd te worden op volledige sociale uitkeringen.

In afwijking van de bepalingen van artikel 31 van de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, kunnen de werknemers verbonden krachtens een arbeidsovereenkomst met de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, met toepassing van deze paragraaf, door deze centra ter beschikking worden gesteld van gemeenten, verenigingen zonder winstoogmerk of verenigingen vermeld in deel 3, titel 3, van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur met een sociaal, cultureel of ecologisch doel, vennootschappen met een sociaal oogmerk zoals bedoeld in artikel 164*bis* van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, een ander openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn, een vereniging waarvan sprake in deel 3, titel 4, hoofdstuk 2 en 3, van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur, een openbaar ziekenhuis dat van rechtswege aangesloten is bij de Rijksdienst voor sociale zekerheid van de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten of bij de Rijksdienst voor sociale zekerheid, de initiatieven die door de minister bevoegd voor sociale economie zijn erkend of de partners die met het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn een overeenkomst hebben gesloten op basis van onderhavige organieke wet.

Indien de in het vorig lid bedoelde partner een privé-onderneming is, bepaalt de Koning de voorwaarden en de modaliteiten volgens dewelke de terbeschikkingstelling moet worden geregeld met deze onderneming met het oog op het behoud van het recht van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn op de toelage verbonden aan de inschakeling van de persoon tewerkgesteld met toepassing van de artikelen 36 en 37 van de wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie.”

Aldus blijkt artikel 60, § 7, van de OCMW-wet te voorzien in een regeling waarbij het OCMW, als één van de vormen van maatschappelijke dienstverlening die het moet aanbieden, kan optreden als werkgever voor personen die een bepaalde periode van tewerkstelling moeten kunnen bewijzen om recht te

hebben op bepaalde sociale uitkeringen, of om de werkervaring van de betrokkenen te bevorderen. In een dergelijk geval kan het OCMW de betrokken werknemers ter beschikking stellen van onder meer partners die met het OCMW een overeenkomst hebben gesloten.

14. In haar antwoord van 18 oktober 2022 op de vraag om uitleg vanwege de verwerende partij lichtte de verzoekende partij toe dat zij niet zelf mensen in dienst nam (zoals het geval was met de vroegere sociale en beschutte werkplaatsen), maar hen liet deelnemen aan projecten of opleidingen. Die mensen kunnen aldus werkervaring bij de verzoekende partij opdoen en vervolgens doorstromen naar jobs in het normaal economisch circuit.

Het komt de Raad van State in deze stand van het geding voor dat noch artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016, noch de selectieleidraad vereisen dat een onderneming, om in aanmerking te komen voor de voorliggende voorbehouden opdracht, zelf de werkgever moet zijn van de personen die behoren tot de categorie van personen met een handicap of kansarme personen. Gelet op de economie van artikel 15 van de wet, die een sociale correctie vormt op het beginsel van de mededinging, lijkt het te volstaan dat personen uit de bedoelde doelgroep werken bij de betrokken onderneming, bijvoorbeeld bij wege van terbeschikkingstelling door een andere werkgever. In haar nota voert de verwerende partij trouwens aan dat de beslissing om de verzoekende partij niet te selecteren, niet is ingegeven door het feit “dat zij niet over een eigen werknemersbestand beschikt”.

15. De verwerende partij heeft de verzoekende partij niet geselecteerd op grond dat deze laatste niet aantoonde dat minstens 30 % van de personen waarmee zij werkt behoren tot de categorie van personen met een handicap of kansarme personen.

In haar antwoord van 18 oktober 2022 op de vraag om uitleg lichtte de verzoekende partij toe dat zij geen mensen in dienst heeft, maar in het algemeen wel werkt met “jongeren uit het stelsel leren en werken, volwassen[...]werkzoekenden waarvan het merendeel laaggeschoold en/of nieuwkomer of vluchteling is, en OCMW-klanten die een werkervaringstraject doorlopen”. Dit

gegeven wordt als zodanig door de verwerende partij niet betwist. Het komt de Raad van State voor dat de bedoelde personen, die door de verzoekende partij worden omschreven als mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt, allen beschouwd kunnen worden als “kansarm” in de zin van artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 en de selectieleidraad.

In haar nota legt de verwerende partij uit dat haar vraag om verduidelijking in feite betrekking had op de personen die specifiek, op basis van een terbeschikkingstellingsovereenkomst tussen de verzoekende partij en het OCMW Antwerpen, ingezet zouden worden voor de opdracht waarvoor de verzoekende partij kandidaat was.

Met betrekking tot die personen in het bijzonder lichtte de verzoekende partij in haar antwoord toe dat het gaat om leeflooncliënten van het OCMW. Voor die personen bestaat er, volgens de verzoekende partij, geen mogelijkheid om op korte termijn een “gewone” job te vinden. In het kader van een terbeschikkingstelling door het OCMW op grond van artikel 60, § 7, van de OCMW-wet kunnen die personen bij de verzoekende partij een werkervaringstraject doorlopen die hen moet helpen om werk te vinden in het normaal economisch circuit.

Het komt de Raad van State voor dat ten aanzien van die categorie van personen des te meer geldt dat zij beschouwd kunnen worden als “kansarm” in de zin van artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 en de selectieleidraad.

16. In zoverre de verwerende partij in haar nota aanvoert dat de verzoekende partij niet aantoont dat minstens 30 % van de door het OCMW Antwerpen ter beschikking gestelde personen gehandicapte of kansarme werknemers zijn, volstaat het op te merken dat alle personen die door een OCMW in het kader van artikel 60, § 7, van de OCMW-wet ter beschikking gesteld worden, beschouwd kunnen worden als kansarme personen. Als een private partner voor een bepaald project exclusief beroep doet op leeflooncliënten van een OCMW, lijkt deze partner daarmee *ipso facto* te voldoen aan het vereiste dat

minstens 30 % van dat werknemersbestand voldoet aan het vereiste dat het moet gaan om personen met een handicap of kansarme personen.

Anders dan de verwerende partij lijkt aan te voeren, lijkt het daarvoor niet nodig om een opsomming te geven van de personen die ter beschikking gesteld zullen worden.

17. In haar nota lijkt de verwerende partij te suggereren dat de bestreden beslissing eigenlijk zou steunen op de vaststelling dat de verzoekende partij geen geldige terbeschikkingstellingsovereenkomst met het OCMW voorlegt.

In dit verband moet in de eerste plaats opgemerkt worden dat dit verweer geen steun lijkt te vinden in de bestreden beslissing en het selectieverslag zelf. In het selectieverslag wordt gesteld dat de verzoekende partij niet aantoonde te voldoen aan de 30%-drempel van artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016, zonder nadere toelichting. Over de terbeschikkingstellingsovereenkomst wordt met geen woord gerept.

Wat er ook van zij, de verwerende partij kan de Raad van State voorshands niet ervan overtuigen dat de door de verzoekende partij voorgelegde overeenkomst met het OCMW Antwerpen geen geldig bewijs kan vormen van het feit dat zij een beroep kan doen op werknemers die ter beschikking gesteld worden door het OCMW. De bedoelde ‘terbeschikkingstellingsovereenkomst’, gesloten op 4 november 2021, was gevoegd bij de aanvraag tot deelneming en ook nog eens bij het antwoord van de verzoekende partij van 18 oktober 2022.

Die overeenkomst voorzag in de terbeschikkingstelling van 34 voltijds equivalenten. Zij gold weliswaar slechts voor een periode van één jaar, ingaande op 1 december 2021, en zou dus verstrijken op 1 december 2022. In het voornoemde antwoord van 18 oktober 2022 bevestigt de verzoekende partij evenwel uitdrukkelijk dat de overeenkomst “binnenkort opnieuw verlengd wordt”.

Dit laatste blijkt ondertussen ook te zijn gebeurd. De verzoekende partij legt immers een nieuwe terbeschikkingstellingsovereenkomst met het OCMW Antwerpen van 9 november 2022 voor, welke loopt voor een

periode van drie jaar ingaande op 1 december 2022. In verband met deze laatste overeenkomst lijkt er overigens geen onzekerheid te bestaan, zoals door de verwerende partij aangevoerd, over de datum waarop ze is opgemaakt. De handtekening namens het OCMW dateert van 9 november 2022; de bij die handtekening vermelde datum van 28 januari 2020 is de datum waarop door de algemeen directeur van het OCMW machtiging is verleend aan de bedrijfsdirecteur om dergelijke overeenkomsten namens het OCMW te ondertekenen.

Aldus blijkt niet, minstens niet op het eerste gezicht, dat er te dezen bij de verwerende partij vragen hadden moeten rijzen over de continuïteit van de terbeschikkingstellingsovereenkomst tussen de verzoekende partij en het OCMW Antwerpen. Indien de verwerende partij daaraan toch twijfelde, dermate dat zij de verzoekende partij de toegang tot de opdracht op die grond wilde ontzeggen, dan had zij, zo lijkt het, als normaal zorgvuldig aanbestedende overheid de verzoekende partij op dat punt specifiek moeten bevragen alvorens op die grond de bestreden beslissing tot uitsluiting te nemen. De verwerende partij lijkt echter geen dergelijke specifieke vraag te hebben gesteld.

18. Uit het voorgaande volgt dat, in zoverre in het selectieverslag – zonder nadere toelichting – wordt gesteld dat “Gatam [...] niet [kan] aantonen dat ten minste dertig procent van werknemers van de werkplaatsen, ondernemingen of programma’s waarmee zal worden samengewerkt, behoren tot gehandicapte of kansarme werknemers”, dat verslag de rechtens vereiste juridische en feitelijke draagkracht lijkt te missen. Minstens lijkt de verwerende partij niet op basis van een normaal zorgvuldig onderzoek van de zaak tot dat oordeel te zijn gekomen.

Voorshands is de Raad van State dan ook van oordeel dat de verzoekende partij ten onrechte werd uitgesloten van deelname aan de voorliggende voorbehouden opdracht op grond dat zij niet zou voldoen aan de 30%-regel inzake het werknemersbestand, als bepaald in artikel 15 van de wet overheidsopdrachten 2016 en de selectieleidraad.

19. Het eerste middel is in de besproken mate ernstig.

20. In het tweede middel voert de verzoekende partij in wezen dezelfde onwettigheid aan als in het eerste middel, maar dan ingekleed als een schending van het gelijkheidsbeginsel.

Er blijkt niet dat het tweede middel tot een ruimere schorsing van de bestreden beslissing zou kunnen leiden dan het ernstig bevonden eerste middel. Het tweede middel dient dan ook niet nader onderzocht te worden.

B. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

21. De verzoekende partij voert in een derde middel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht.

In het middel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de motivering vervat in het verslag van nazicht van de kandidaturen haar niet in staat stelt om te begrijpen waarom zij niet werd geselecteerd, minstens dat die motivering niet afdoende en draagkrachtig is.

Beoordeling

22. Er blijkt niet dat het derde middel tot een ruimere schorsing van de bestreden beslissing zou kunnen leiden dan het ernstig bevonden eerste middel. Het derde middel dient dan ook niet nader onderzocht te worden.

VII. Besluit

23. Het eerste middel is in de besproken mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het directiecomité van de nv van publiek recht Haven van Antwerpen-Brugge van 24 november 2022 waarbij de vzw Gatam niet geselecteerd wordt voor de overheidsopdracht ‘raamovereenkomst netheidsonderhoud rechteroever (sociale economie) – B11028’.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens