

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 243.569 van 31 januari 2019

in de zaak A. 227.115/XII-8672

In zake: de BVBA VLAAMS INZAMELCENTRUM TEXTIEL (VICT)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters

tegen:

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

Tussenkommende partijen:

1. de VZW KRINGLOOPCENTRUM
ZUID-WEST-VLAANDEREN
2. HULPZORG COMM.V
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Garse en Simon Verhoeven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Prins Boudewijnlaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

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

XII-8672-1/18

“[h]et besluit van 18 december 2018 van de Raad van Bestuur van de Inter-gemeentelijke Maatschappij voor Openbare Gezondheid in Zuid-West-Vlaanderen (IMOG) waarbij de concessie voor diensten voor de inzameling van textiel door middel van textielcontainers en huis-aan-huisophaling op haar werkingsgebied bestaande uit elf gemeenten (Anzegem, Avelgem, Deerlijk, Harelbeke, Kortrijk, Kruishoutem, Kuurne, Spiere-Helkijn, Waregem, Wielsbeke en Zwevegem) wordt gegund aan Hulpzorg Comm. V. (perceel 1) en Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen (perceel 2)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 14 januari 2019 heeft de vzw Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen en Hulpzorg Comm. V. gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

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

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

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

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

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

III. Feiten

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

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

“De concessie omvat de inzameling van textiel door middel van textielcontainers en huis-aan-huisophaling op het werkingsgebied van IMOG (...). De concessie omvat ook de sortering en verder[e] bestemming zoals omschreven onder de technische bepalingen IV.

De concessiegever bepaalt het aantal en de locatie van de standplaatsen waar de concessiehouders textielcontainers mogen plaatsen.

De concessie wordt onderverdeeld in 2 percelen:

Perceel 1: 95 standplaatsen voor reguliere inzamelaars

Perceel 2: 79 standplaatsen en de huis-aan-huisophaling (1 keer per jaar) voorbehouden aan inzamelaars die overeenkomstig artikel 33 van de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten beschermde werkplaatsen zijn of ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen tot hoofddoel hebben en waarvan het werknemersbestand voor ten minste dertig procent uit personen met een handicap of kansarme werknemers bestaat.

Aan een inschrijver en zijn eventuele onderaannemers kan slechts één perceel worden gegund. De inschrijver mag slechts een offerte voor één perceel indienen.”

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

“II. 2 Perceel 2: voorbehouden concessie

In overeenstemming met artikel 33 van de Concessiewet van 17 juni 2016, wordt de toegang tot de plaatsingsprocedure voor het perceel 2 van deze

concessie voorbehouden aan beschermde werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen tot hoofddoel hebben.

(i) Voorwaarden

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

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

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

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

2° de inschrijver dient een werknemersbestand te hebben dat voor minstens 30% uit personen met een handicap of kansarme werknemers bestaat.

Kunnen bijvoorbeeld als kansarme werknemers worden beschouwd:

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

(ii) Bewijsmiddelen

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

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

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

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

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

De verzoekende partij dient een annulatieberoep in tegen de beslissing houdende de vaststelling van het bestek – zaak gekend onder het rolnummer A.226.717/XII-8650. Hierbij voert zij dezelfde middelen aan als hier; enerzijds, wat perceel 2 betreft, voorziet het bestek ten onrechte in een voorbehoud voor de sociale economie (eerste middel), anderzijds, wat het perceel 1 betreft, mag het bestek niet verbieden dat een onderneming voor meerdere percelen wordt opgegeven (tweede middel).

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

3.3. De verzoekende partij dient voor geen van de beide percelen een offerte in.

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

IV. Tussenkoms

4. De vzw Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen en Hulpzorg Comm. V. blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Hun verzoeken tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

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

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6.2.1. In het bijzonder bestek 2018/004 wordt onder de titel “ I.4 Toepasselijke regelgeving” vermeld:

“Op deze concessie zijn o.a. toepasselijk:

- a) Wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten [...]
- b) Koninklijk besluit van 25 juni 2017 betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten [...]
- c) Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies [...]

In de kennisgevingsbrief van 19 december 2018 aan de bvba-vso VAZI, die ook een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft ingediend tegen de hier bestreden beslissing, enkel wat perceel 2 betreft, zaak gekend onder het rolnummer A.227.114/XII-8671, verwijst de verwerende partij naar de artikelen 29, § 1, 14, 15, 23 en 24 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: de rechtsbeschermingswet).

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

De verwerende partij heeft nagelaten een raming op te stellen maar heeft de rechtsbeschermingswet in het bestek opgenomen als toepasselijke wetgeving; zij heeft de concessie wel niet Europees bekendgemaakt. De verzoekende partij betwist dat de concessiewet, het concessiebesluit en de rechtsbeschermingswet van rechtswege van toepassing zijn aangezien volgens haar de voormelde drempelwaarde hier niet is bereikt, doch zij meent dat de verwerende partij de rechtsbeschermingswet vrijwillig van toepassing heeft verklaard.

6.2.2. Te dezen mag, wat de schorsingsvoorwaarden van de vordering betreft, worden aangenomen dat de verwerende partij zich in elk geval vrijwillig onder het toepassingsgebied van de rechtsbeschermingswet heeft geplaatst. Voorts lijkt te mogen worden aanvaard dat bij gebreke aan raming door de verwerende partij, zeker vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming voor de rechtszoekende, de rechtsbeschermingswet wat plichten van de verwerende partij betreft, mag worden toegepast. In het andere geval lijkt het nalaten van het ramen het van de verwerende partij te laten afhangen of de rechtsbeschermingswet alzo van

toepassing is.

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

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

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), de Europeesrechtelijke beginselen inzake de eerlijke mededinging, de gelijke behandeling, non-discriminatie en de eruit voortvloeiende transparantieplicht, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en de eruit afgeleide beginselen inzake gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieplicht, het Grondwettelijk beginsel inzake de Belgische Economische en Monetaire Unie (artikel 6, § 1, VI, derde lid van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, hierna: BWHI) en de waarborgen inzake vrij verkeer, die hieruit voortvloeien, de artikelen II.3; II.4 en III.13 van het Wetboek van Economisch recht en de vrijheid van ondernemen en de vrijheid van dienstverlening als beginselen met een Grondwettelijke waarde, de artikelen 3, § 1, 24 en 35 van concessiewet, artikel 4 van het concessiebesluit, het legaliteitsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat IMOG overeenkomstig artikel 33, eerste lid van de Concessiewet in het bestek 2018/004 de toegang tot Perceel 2 voorbehoudt aan beschermde werkplaatsen of ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen tot hoofddoel hebben en waarvan het werknemersbestand voor tenminste dertig procent uit personen met een handicap of kansarme werknemers bestaat; dat de bestreden beslissing op grond van en rekening houdend met deze voorwaarde het perceel 2 heeft toegewezen aan de VZW Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen;

Terwijl op grond van de artikelen 49 en 56 VWEU, de eruit afgeleide beginselen van de gelijke behandeling en de non discriminatie en de transparantieplicht voor concessieovereenkomsten met een grensoverschrijdend belang en op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet voor ‘Belgische’ concessieovereenkomsten alle geïnteresseerde ondernemingen een gelijke kans op toegang tot een plaatsingsprocedure moeten krijgen en een aanbestedende overheid de effectieve mededinging moet waarborgen wanneer zij besluit om een concessieovereenkomst te gunnen; dat elke beperking hierop door de wetgever moet worden voorzien en minstens beperkend en op evenredige wijze moet worden toegepast door een aanbestedende overheid;

Dat voornoemde beginselen inzake de gunning van concessieovereenkomsten gelden voor zover deze gunning niet onder het toepassingsgebied van de Concessiewet valt; dat volgens artikel 3, § 1 van de Concessiewet en artikel 4 van het Concessie-KB deze regelgeving enkel van toepassing is op de plaatsing en de uitvoering van concessies voor diensten met een waarde die gelijk is aan of hoger is dan 5.548.000 euro;

Dat de waarde van de concessie in de huidige zaak wordt geraamd op 4.530.000 euro en dus onder de drempel van 5.548.000 euro ligt en de Concessiewet aldus niet van toepassing is en dus ook geen toepassing van artikel 33 van de Concessiewet kan worden gemaakt;

Dat artikel 33, eerste lid van de Concessiewet restrictief moet worden geïnterpreteerd nu deze bepalingen een uitzondering inhouden op de beginselen van de vrije mededinging en de gelijke behandeling; dat een aanbestedende overheid op grond van het legaliteitsbeginsel niet de mogelijkheid heeft om zelf een uitzondering te creëren op deze principes indien hij zich niet bevindt binnen het toepassingsgebied van een regelgeving die haar dat toelaat;

Dat IMOG door op een onwettige wijze de toegang van de reguliere economie tot de plaatsingsprocedure van Perceel 2 van de in de huidige zaak te gunnen concessieovereenkomst te verhinderen, nl. via het voorbehouden van dit perceel aan de sociale economie op grond van artikel 33 van de Concessiewet, de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen miskent; dat voornoemde onwettigheid het volledige bestek aantast, minstens die bepalingen van het bestek aantast die betrekking hebben op de gunning van het Perceel 2;

Dat IMOG door de bestreden beslissing te steunen op voornoemd onwettig bestek, de materiële motiveringsplicht heeft geschonden.”

In essentie voert de verzoekende partij aan dat de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen vereisen dat een administratieve overheid bij het toewijzen van een concessie een gelijke toegang tot de plaatsingsprocedure en effectieve mededinging waarborgt. In een uitzondering op dit principe zou enkel kunnen worden voorzien door de wetgever en elke uitzondering op dit principe moet beperkend worden uitgelegd. Volgens de verzoekende partij vormt artikel 33 van de concessiewet een uitzondering op de beginselen van de vrije mededinging en de gelijke behandeling. Deze uitzondering kan aldus enkel worden toegepast binnen de voorwaarden gesteld door de Europese en Belgische wetgever en op grond van een restrictieve interpretatie van de voorwaarden om de uitzondering toe te passen.

Beoordeling

7.2. Dit middel betreft het tweede, voorbehouden perceel.

7.3. Artikel 33 van de concessiewet luidt:

“Een aanbesteder kan, overeenkomstig de beginselen van het Verdrag, de toegang tot de plaatsingsprocedure van een concessie voorbehouden aan beschermde werkplaatsen en aan ondernemers waarvan het hoofddoel de maatschappelijke en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen is, of de uitvoering van deze concessies 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 werknemers met een handicap of kansarme werknemers zijn.

De concessieaankondiging of, in geval van de in artikel 34 bedoelde diensten, de vooraankondiging, moet vermelden dat de concessie wordt voorbehouden met verwijzing naar dit artikel.”

7.4. De verwerende partij heeft geen raming gedaan. Zij merkt onder meer wel op dat zij een bestek heeft opgesteld alsof het een Europese concessie betrof; zij heeft daarentegen de opdracht niet Europees bekendgemaakt.

De verzoekende partij laat een berekeningswijze gelden waarbij de concessie het drempelbedrag niet overschrijdt om hieruit af te leiden dat het om een niet-Europese concessie gaat waarop de concessiewet, en in het bijzonder artikel 33 ervan dat in de mogelijkheid van een voorbehouden concessie voorziet, niet van toepassing is; ter terechtzitting merkt de verwerende partij dan weer op dat deze berekening mits een lichte aanpassing naar boven van de eenheidsprijs per kilo textiel, wat economisch realistisch kan zijn, leidt tot een eindresultaat dat hoger uitvalt dan het drempelbedrag.

Vooralsnog lijkt een standpunt over de van rechtswege toepasselijkheid van artikel 33 te dezen niet vereist in de mate dat, zoals hierna zal blijken, de Raad aanneemt dat de verzoekende partij er hier niet in slaagt aan te tonen dat het werken met een voorbehouden concessieperceel in de concrete omstandigheden van de zaak onrechtmatig was.

7.5. De verwerende partij meent dat zij minstens gerechtigd is het voormelde artikel 33 voornoemd vrijwillig toe te passen waarbij zij benadrukt dat in het bestek de concessiewet is vermeld als toepasselijke wetgeving.

De verzoekende partij betwist dit principieel; slechts wanneer de concessiewet volgens het toepassingsgebied ervan van toepassing is, mag de aanbestedende overheid werken met een voorbehouden concessieperceel.

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

7.6. Het standpunt van de verzoekende partij wordt in de huidige stand van het geding niet bijgevalen om de volgende redenen.

7.7. Artikel 24 van de Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten’ (hierna: de concessierichtlijn) voorziet in de mogelijkheid om concessies voor te behouden aan beschermde werkplaatsen en ondernemers waarvan het hoofddoel de sociale en professionele integratie van personen met een handicap of kansarmen is of de uitvoering ervan voor te behouden in de context van programma’s voor beschermde arbeid mits ten minste 30 % van de werknemers van die werkplaatsen, ondernemers of programma’s personen met een handicap of kansarmen zijn. In de overwegingen bij die Richtlijn wordt uitdrukkelijk verwezen naar de beginselen van het WVEU, zoals ook in artikel 33 van de concessiewet. Hieruit lijkt op het eerste gezicht te mogen worden afgeleid dat een dergelijk voorbehoud niet zozeer in strijd is dan wel in overeenstemming en verzoenbaar lijkt te zijn met deze Verdragsbeginselen zoals het door de verzoekende partij ingeroepen principe van de vrije mededinging; minstens lijkt het geen ongeoorloofde belemmering te vormen. Artikel 24 van de concessierichtlijn lijkt dan ook eerder te verschijnen als een verfijning dan wel als een afwijking van de Verdragsrechtelijke beginselen. De Raad van State ziet op het eerste gezicht niet in waarom deze overweging ook niet zou gelden voor niet-Europese concessies zodat evenmin een dergelijk voorbehoud aldaar principieel tegen de voornoemde beginselen lijkt in te gaan.

In die context mag ook verwezen worden naar overweging 36 bij Richtlijn 2014/24/EU ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’, waarin, zo lijkt, evenzeer beginselen van “fundamenteel belang” worden geformuleerd. Artikel 20 van deze Richtlijn voorziet in een gelijkaardig voorbehoud als dit bepaald in artikel 24 van de concessierichtlijn:

“(36) 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 mededingings-

voorwaarden 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 van dergelijke werkplaatsen of ondernemingen of de uitvoering van opdrachten moeten kunnen beperken tot programma's voor beschermde arbeid.”

In de mate dat de verzoekende partij de schending aanvoert van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet of andere essentiële economische rechten mag worden gewezen op de vorige overwegingen waar vastgesteld is dat de verzoekende partij niet aantoonde dat het systeem van het voorbehoud strijdig zou zijn met de Verdragsbeginselen; in dezelfde orde van gedachten mag worden aangenomen dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel niet is geschonden door de categorie van de sociale economiebedrijven anders te behandelen dan de reguliere sector gelet op de fundamenteel andere beleidsinstek ten aanzien van de sociale sector.

Ten slotte, voor zover de verzoekende partij de schending van het artikel 6, § 1, VI, derde lid, BWHI – “in economische aangelegenheden oefenen de gewesten hun bevoegdheden uit met inachtneming van de beginselen van het vrije verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid, alsook met inachtneming van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid, zoals vastgesteld door of krachtens de wet, en door of krachtens de internationale verdragen” – aanvoert, mag evenzeer opnieuw naar de voormelde overwegingen worden verwezen. Er wordt niet ingezien hoe te dezen de eenvormige grondregeling van de organisatie van de economie in een geïntegreerde markt in het gedrang komt.

7.8. In de mate dat de verzoekende partij ter terechtzitting ondergeschikt ook lijkt op te merken dat in de hypothese van een toegelaten voorbehoud de verwerende partij haar verantwoording hiervoor niet mag beperken tot het eenvoudig van toepassing verklaren van artikel 33 van de concessiewet en er een meer duidelijke uiteenzetting van rechtsgeldige motieven moet worden gegeven met concrete toetsing en verwijzing naar het voorwerp van de concessie en de percelen ervan, mag worden tegengeworpen dat deze grief, zo lijkt,

onvoldoende concreet in het verzoekschrift aan bod is gekomen. Overigens lijkt uit de notulen van de raad van bestuur van de verwerende partij, waarover de verzoekende partij had kunnen beschikken, dat de keuze voor een voorbehouden perceel wel aan bod kwam en overlegd werd.

7.9. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7.10. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 49 en 56 VWEU, het mededingings- en evenredigheidsbeginsel als algemene beginselen van het EU-recht, als beginselen met een grondwettelijke waarde en als beginselen van behoorlijk bestuur, het Grondwettelijk beginsel inzake de Belgische Economische en Monetaire Unie (artikel 6, § 1, VI, derde lid, BWHI) en de waarborgen inzake vrij verkeer, die hieruit voortvloeien, de artikelen II, 3 en III.13 van het Wetboek van Economisch recht en de vrijheid van ondernemen en de vrijheid van dienstverlening als beginselen met een grondwettelijke waarde, het legaliteitsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat overeenkomstig het bestek aan een inschrijver en zijn eventuele onderaannemers slechts één perceel kan worden gegund en de inschrijver slechts één offerte voor één perceel mag indienen en dit dus impliceert dat een onderneming niet, enerzijds, zelfstandig een offerte kan indienen voor één perceel, en, anderzijds als lid van een consortium (1), en dat een onderneming niet, enerzijds, inschrijver kan zijn voor één perceel, en, anderzijds, onderaannemer voor een ander perceel (2), of dat een onderneming niet onderaannemer kan zijn voor verschillende percelen (3), dat de bestreden beslissing op grond van en rekening houdend met deze voorwaarde het perceel 2 heeft toegewezen aan de VZW Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen;

Terwijl op grond van de artikelen 49 en 56 VWEU, het mededingingsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel een aanbestedende overheid de toegang van een onderneming tot een bepaalde overheidsopdracht, in casu een bepaald perceel, niet zomaar mag beperken; dat voornoemde bepalingen en beginselen juist als doel hebben om het vrij verkeer te

waarborgen en om een einde te maken aan mededingingsbeperkingen; dat in dat kader een aanbestedende overheid de groots mogelijke deelneming van inschrijvers moet waarborgen;

Dat op grond van artikel 2, 9° Concessiewet een inschrijver een ondernemer is die een offerte indient en een ondernemer op grond van artikel 2, 6° Concessiewet elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of een combinatie van deze personen of lichamen, met inbegrip van de tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, is die de uitvoering van werken of een werk, de levering van producten of de verrichting van diensten op de markt aanbiedt; dat dit trouwens ook de spraakgebruikelijke betekenis is van het begrip ‘inschrijver’;

Dat een aanbestedende overheid niet kan verbieden dat een inschrijver zelfstandig een offerte indient en een offerte indient als deelgenoot van een combinatie van ondernemers, dan wel kan verbieden dat een onderneming onderaannemer zou zijn voor verschillende percelen op straffe van nietigheid met het EU-recht en de nationaalrechtelijk aangehaalde bepalingen en beginselen;

Dat IMOG door in het bestek de deelname aan de concessie op een dergelijke wijze te beperken zij de Europeesrechtelijke beginselen inzake vrij verkeer van diensten, de eerlijke mededinging, en het evenredigheidsbeginsel miskent en de aangehaalde nationaalrechtelijke bepalingen en beginselen; dat voornoemde onwettigheid het volledige bestek aantast, minstens die bepalingen van het bestek aantast die betrekking hebben op de gunning van het perceel 2 [lees: 1];

Dat IMOG door de bestreden beslissing te steunen op voornoemd onwettig bestek, de materiële motiveringsplicht heeft geschonden.”

In essentie uit de verzoekende partij kritiek op het feit dat het bestek het haar onmogelijk maakt om voor perceel 1 in te schrijven met een beroep op de draagkracht van de nv Recutex en de bvba Victrans, weze het als onderaannemers, weze het onder de vorm van een tijdelijke vennootschap. Aangezien deze beide partners echter al optraden als onderaannemer voor een andere inschrijver, namelijk de bvba-vso VAZI, die inschreef voor het tweede perceel, laat het bestek niet toe dat de verzoekende partij nog voor perceel 1 zou inschrijven met dezelfde partners in een tijdelijke vennootschap, dan wel als onderaannemers.

Beoordeling

7.11. In het bestek wordt vermeld: “Aan een inschrijver en zijn eventuele onderaannemers kan slechts één perceel worden gegund. De inschrijver mag slechts een offerte voor één perceel indienen.”

7.12. Dit middel betreft het eerste, niet-voorbehouden perceel. De verzoekende partij stelt verhinderd te zijn in te schrijven voor perceel 1 met de ondernemingen van haar keuze, namelijk de nv Recutex en de bvba Victrans, die als onderaannemers figureren in een offerte ingediend voor perceel 2. De andere alsdan slechts theoretisch aangevoerde hypothesen zoals het feit dat de verzoekende partij slechts voor één perceel mag inschrijven of dat zij slechts één offerte per perceel mag indienen, mogen vooralsnog buiten beschouwing worden gelaten bij gebrek aan belang.

7.13. De verzoekende partij heeft geen offerte ingediend voor perceel 1. Zij stelt dat zij dat zou hebben gedaan, indien de nv Recutex en de bvba Victrans geen onderaannemers waren geweest voor perceel 2.

Op de eerste plaats mag worden opgemerkt dat de verzoekende partij nalaat concreet aan te tonen dat zij een offerte zou hebben ingediend en dan nog met die twee voornoemde ondernemingen. Zo lijkt de verzoekende partij bijvoorbeeld geen verklaring van de verantwoordelijken van die twee ondernemingen inzake interesse voor perceel 1 bij te brengen.

7.14. Voorts mag worden opgemerkt dat het niet *a priori* uitgesloten lijkt dat de concessiegever bepaalde beperkingen instelt zoals hij hier doet, namelijk het verbod in te schrijven voor meer dan één perceel of slechts één perceel gegund te krijgen, met het oog op bijvoorbeeld het veilig stellen van de concurrentie in de concrete omstandigheden van de concessie. Deze mogelijkheid werd alvast ingevoerd voor overheidsopdrachten met artikel 58, § 1, vierde lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ als omzetting van het artikel 46 van de voormelde Richtlijn 2014/24/EU. De Raad van State ziet niet onmiddellijk in waarom inzake concessies dergelijke handelwijze de ingeroepen rechtsregels en beginselen noodzakelijkerwijze zou schenden, te meer, zoals bij de beoordeling van het eerste middel overwogen, bepaalde beperkingen eerder in de lijn van de verdragsrechtelijke beginselen dan in strijd ermee lijken te moeten worden aangezien.

Ten slotte mag nog worden opgemerkt dat de door de verzoekende partij ingeroepen rechtspraak ter adstructie van haar middel, eerder de casus betreft van de mogelijkheid een beroep te doen op de draagkracht van andere ondernemingen zoals onderaannemers, dan van de hier aan de orde zijnde beperking in te schrijven wat het aantal percelen betreft.

7.13. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. De verzoeken van de vzw Kringloopcentrum Zuid-West-Vlaanderen en Hulpzorg Comm. V. tot tussenkomst worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

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

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra