RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 182.326 van 24 april 2008
in de zaak A. 187.752/XII-5392.

In zake : de NV DIMARSO,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Flamey,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan van Rijswijcklaan 16

tegen :

de NATIONALE BANK VAN BELGIË,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkomende partij :

de VZW MERLIJN MARKETEER,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. Denef,
kantoor houdende te Leuven,
Maria Theresiastraat 34A.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Dimarso op 4 april 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van "de beslissing van de Nationale Bank van 18 maart 2008 waarbij beslist werd om de Europese diensten Overheidsopdracht voor realisatie van consumentenenquêtes volgens bestek 07CS17830 te gunnen aan de firma Merlijn Marketeer die de laagste regelmatige offerte zou ingediend hebben en waarbij impliciet werd beslist om niet te gunnen aan Dimarso NV die tweede gerangschikt zou zijn";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 7 april 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 april 2008, om 10.30 uur;

Gezien het op 14 april 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de VZW Merlijn Marketeer vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten P. Flamey en G. Verhelst, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat L. Schellekens, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat T. De Gendt, die verschijnt voor de tussenkomende partij

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT:

De gegevens van de zaak

1. In opvolging van een aflopende overheidsopdracht diensten gestart in 2003 waarbij de Nationale Bank opdracht gaf voor de realisatie van telefonische enquêtes bij particulieren in het kader van het maandelijks onderzoek naar het consumentenvertrouwen en de levering van de resultaten aan de Nationale Bank, maakt de verwerende partij op 8 januari 2008 in het Bulletin der Aanbestedingen en op 11 januari 2008 in het Publicatieblad van de Europese Unie een nieuwe dienstenopdracht bekend, met als gunningswijze de openbare aanbesteding.

Het bestek nr. 07CS17830 is van toepassing. De opdracht heeft een looptijd van drie jaar en kan jaarlijks door de partijen worden opgezegd.

2. Bij de opening der offertes blijken de volgende ondernemingen te hebben ingeschreven, in volgorde van laagste naar hoogste prijs :

Merlijn Marketeer	89.280 €
Dimarso	105.000 €
Phonecom	115.200 €
Sonecom	119.684,28 €
Martine Constant & Partners	136.320 €
Teleperformance	143.186 €
Sebeco Callcenter	150.000 €
Significant GfK	155.915 €
IPGlobalnet	166.656 €
Synovate	177.864 €
De Martelaere & Co (M.A.S.)	179.976 €
Ipsos	210.000 €
Compagnie	264.396 €

3. Uit het proces-verbaal van de kwalitatieve selectie van 7 maart 2008 blijkt dat de inschrijver Compagnie niet wordt geselecteerd wegens onvoldoend aangetoonde financiële waarborgen.

4. De geselecteerde offertes worden aan een prijsonderzoek onderworpen; uit een nota daaromtrent blijkt dat VZW Merlijn Marketeer de laagste regelmatige offerte heeft ingediend. Er wordt voorgesteld de opdracht toe te vertrouwen aan die inschrijver en er wordt opgemerkt dat deze inschrijver daarmee dezelfde is als die welke ook gedurende de twee voorgaande looptijden (2000-2003 en 2003-2008) het contract heeft uitgevoerd.

5. Het proces-verbaal kwalitatieve selectie en de nota prijsonderzoek worden met een nota van 7 maart 2008 bezorgd aan het directiecomité ter beslissing.

6. Met de bestreden beslissing van 18 maart 2008 wijst de verwerende partij de opdracht toe aan de tussenkomende partij VZW Merlijn Marketeer. Die beslissing wordt met een brief van 26 maart 2008 aan de verzoekende partij ter kennis gegeven.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

8. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij in een enig middel de schending aan van de artikelen 15 en 18bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 88, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken "(zoals bevestigd in artikel 2.4 van deel I, hoofdstuk 1 van het bestek)", "van de selectievoorschriften van het bestek inzonderheid zoals bepaald op p. 3 in fine en p. 4 bovenaan inzonderheid onder punt 2", van artikel 110, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, "van de formele motiveringswet en het materiële motiveringsbeginsel" en van het "patere legem beginsel"; ook voert de verzoekende partij de "ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag" aan.

Daartoe betoogt zij dat door de aanbestedende overheid niet op een zorgvuldige wijze is nagegaan of de tussenkomende partij wel regelmatig was gelet op de zeer lage prijs die deze bood namelijk 89.280 euro, en zonder dat blijkt dat er een zorgvuldige selectie werd uitgevoerd conform de selectievoorschriften.

Nochtans geldt hetgeen volgt.

Slechts de laagste regelmatige inschrijver kan de opdracht toegewezen krijgen; bij de beoordeling van de regelmatigheid moet de regelmatigheid van de prijs afdoende worden nagegaan. In het bestek werd uitdrukkelijk bepaald dat een inschrijver de aanbestedende overheid alle inlichtingen dient te verschaffen om deze in staat te stellen de prijzen te onderzoeken.

Het is niet redelijk en het is onzorgvuldig, zoals er staat in de bestreden beslissing, te stellen dat er geen abnormale prijzen zijn vastgesteld wanneer zoals te dezen de eerste gerangschikte een “sociale werkplaats” is hetgeen blijkt uit de website van de tussenkomende partij die vermeldt dat zij een “sociale economie-bedrijf is in de zin van het besluit van de Vlaamse Regering van 23 november 1994 tot regeling van de toekenning van een waarborg aan financiers die actief zijn in de sector van de sociale economie”. Uit het gunningsbesluit blijkt niet dat de aanbestedende overheid heeft stilgestaan bij het bijzonder statuut van de tussenkomende partij nu dit statuut van aard is prijzen te genereren die niet marktconform zijn; artikel 1 van voormeld besluit van de Vlaamse Regering stelt immers dat dergelijke bedrijven niet gericht zijn op winst en dat ze steunmaatregelen krijgen.

Ook merkt de verzoekende partij op dat er geen sociale clausule in het bestek is opgenomen zoals bepaald in artikel 18bis van de voormelde wet van 24 december 1993, op grond waarvan de toegang tot gunningsprocedures kan worden gereserveerd voor sociale werkplaatsen. Bij gebreke aan reservering had de aanbestedende overheid de inschrijving van de tussenkomende partij niet mogen selecteren, minstens moeten onregelmatig verklaren of een rechtvaardiging vragen van de prijs bij toepassing van de artikelen 88 en 110,§3, van het meervernoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 om na te zien of er geen marktverstoring optrad.

Soms neemt een aanbestedende overheid een bepaling op in het bestek dat de inschrijvers verbiedt middelen of personeel in te zetten waarvan de financiering in strijd is met het verbod op staatssteun zoals onder meer vervat in artikel 86 van het EG-verdrag. Hieruit blijkt dat het behoort tot de taak van de aanbestedende overheid na te gaan of een inschrijver zoals de tussenkomende partij als erkende sociale werkplaats geen staatssteun geniet die valt onder het verdragsverbod.

Het nazicht van de prijzen drong zich te dezen des te meer op, nu er een prijsverschil is van 17% tussen de offerte van de tussenkomende partij en die van de verzoekende partij en dit verschil nog hoger oploopt t.a.v. de andere inschrijvers.

Volgens rechtsoverweging 29 van het arrest ARGE Gewässerschutz van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 7 december 2000 “verplicht de wetgeving de aanbestedende overheid wel degelijk rekening te houden

met het feit dat een bieder een steunmaatregel heeft ontvangen die niet verenigbaar is met het verdrag en om in voorkomend geval de bieders uit te sluiten die dergelijke steun hebben ontvangen". Hieruit volgt dat de verwerende partij hier diende na te gaan welke steunmaatregelen de tussenkomende partij kreeg en of ze wel aangemeld werden aan de Commissie dan wel vrijgesteld waren van aanmelding, en bij gebreke daarvan de bestreden beslissing niet afdoende is gemotiveerd en de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag ontbeert.

Tenslotte merkt de verzoekende partij op dat er tevens een probleem is met de evaluatie van de selectiecriteria nu, precies doordat de tussenkomende partij het risico loopt de staatssteun te moeten terugstorten, het criterium financiële en economische waarborgen in het gedrang is.

9. De tussenkomende partij blijkt een erkende sociale werkplaats van het type vzw te zijn in de zin van artikel 4 van het decreet van 14 juli 1998 inzake sociale werkplaatsen. De tussenkomende partij merkt op dat ze gesubsidieerd wordt maar stelt daarbij dat dit gebeurt zonder dat deze middelen kunnen worden aangewend voor marktverstoring.

Artikel 3, § 1, 10/, van het besluit van de Vlaamse Regering van 8 december 1998 tot uitvoering van het decreet inzake sociale werkplaatsen, bepaalt dat om als sociale werkplaats erkend te worden onder andere volgende verbintenis dient te worden aangegaan : "in geen geval middelen te hanteren die marktverstorend zijn naar prijszetting toe". Die verbintenis is onderworpen aan de evaluatie- en toezichtsregelen waarin het voornoemde decreet en het voornoemde besluit van de Vlaamse Regering voorzien, onder meer deze vervat in de artikelen 14 tot 18 van dit decreet. Prima facie moet uit dit alles worden afgeleid dat de tussenkomende partij werkt met 'minder rendabele' werknemers waarvoor ze subsidies ontvangt teneinde deze werknemers in een beschermde werkomgeving arbeidskansen te bieden; deze subsidies lijken te dienen om haar als sociale werkplaatsen de mogelijkheid te geven werk aan te trekken voor die werknemers; deze subsidies mogen wel geen aanleiding geven tot marktverstoring, element dat betrokken dient te worden bij het toezicht en de evaluatie van de subsidiëring. Al deze gegevens zijn de verzoekende partij bekend, minstens konden ze aan de verzoekende partij bekend zijn, aangezien ze het in haar verzoekschrift zelf heeft over het feit dat de tussenkomende partij een sociale werkplaats is.

Het toelaten van sociale werkplaatsen tot een overheidsopdracht lijkt reglementair niet uitgesloten : aldus geeft artikel 18bis, §2, van de voornoemde wet van 24 december 1993 een aanbestedende overheid zelfs de mogelijkheid bepaalde opdrachten voor te behouden voor “beschutte werkplaatsen of sociale inschakelingsondernemingen”; de verzoekende partij lijkt dus uit deze bepaling ten onrechte haar argument te putten dat de aanbestedende overheid een sociale werkplaats niet zou mogen toelaten dan wel met zeer veel argwaan naar prijs zou moeten bejegenen; integendeel geeft artikel 18bis in wezen -althans voor bepaalde opdrachten- een aanbestedende overheid de mogelijkheid ‘reguliere’ inschrijvers te weren.

In tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij betoogt, lijkt het niet de “taak” van een aanbestedende overheid om na te gaan of de steun die een erkende sociale werkplaats geniet, valt onder het genoemde verbod van het EG-verdrag. Aldus zou die overheid zich in de plaats dienen te stellen van een andere overheid, te dezen het Vlaams Gewest, om de naleving van de betrokken regelgeving inzake de erkenning als sociale werkplaats te onderzoeken. Het lijkt daarentegen dat de verwerende partij als aanbestedende overheid de erkenning van de tussenkomende partij diende te respecteren aangezien aan overheidsbeslissingen een vermoeden van rechtmatigheid kleeft en de verwerende partij aldus heeft mogen aannemen dat een erkende sociale werkplaats geen marktverstorende prijzen opgeeft gelet op de aangehaalde bepaling die juist het verbod inhoudt inzake prijszetting marktverstorend te zijn.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat het door de verzoekende partij ingeroepen arrest van het Hof van Justitie te dezen niet toepasselijk lijkt: de aangehaalde passus betreft steunmaatregelen die niet verenigbaar zijn met het EG-verdrag. Nergens blijkt die onverenigbaarheid. Overigens is reeds hiervoor vastgesteld dat het niet aan de aanbestedende overheid toekomt om eigenmachtig dergelijke onverenigbaarheid vast te stellen.

In tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij stelt, drong nazicht van de prijzen van de tussenkomende partij zich niet dwingend op gelet op het prijsverschil van 17% met de offerte van de verzoekende partij. De geboden prijzen liggen immers dermate uiteen dat de hoogste bieder ongeveer driemaal zoveel vraagt als tussenkomende partij. Voorts is de betrokken offerte als offerte voor diensten vrij eenvoudig en zonder overvloed aan posten en verdoken winstnemingen die een offerte werken kan inhouden. Ten slotte stelt de aanbestedende overheid bij

haar prijsonderzoek dat de prijs in het verlengde ligt van de prijs voor de vorige gelijkaardige opdracht; op zich lijkt dit aan te geven dat zij wel degelijk oog heeft gehad voor de prijsverhoudingen tussen de inschrijvers en mocht concluderen dat er geen abnormale prijzen werden vastgesteld.

Tenslotte lijkt de verzoekende partij niet te kunnen worden bijgevallen waar zij een vermeend gebrekkige toetsing aan het selectiecriterium financiële en economische waarborgen aanneemt: zoals hiervoor reeds vastgesteld, lijkt het niet aan de aanbestedende overheid toe te komen om de rechtmatigheid te onderzoeken van de staatssteun die een erkende sociale werkplaats ontvangt, laat staan deze te beoordelen naar haar terugvorderbaarheid.

Het middel is in zijn geheel niet ernstig

10. Aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die moeten zijn vervuld om de schorsing toe te wijzen, is niet voldaan. Die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de VZW Merlijn Marketeer in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vierentwintig april 2008, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**