

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.400 van 5 februari 2013
in de zaak A. 207.568/XII-7203**

In zake: de NV ECOREM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ilse Cuypers
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 64/101
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VLAAMSE LANDMAATSCHAPPIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Butenaerts
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de VZW BODEMKUNDIGE DIENST VAN BELGIË
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Mario Deketelaere
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 januari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 19.12.2012 van Vlaamse Landmaatschappij nv met referte PR-WRK/TR/RT/20121023 12.531, waarbij de opdracht ‘Raamovereenkomst met een bodemsaneringsdeskundige (besteknummer APR/2012/5)’ wordt gegund aan

de Bodemkundige Dienst van België vzw” en van de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht toe te wijzen aan de nv Ecorem.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 18 januari 2013 heeft de vzw Bodemkundige Dienst van België gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 31 januari 2013, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ilse Cuypers, die verschijnt voor verzoekende partij, advocaat Valéry Schalenbourg, die loco advocaat Stijn Butenaerts verschijnt voor verwerende partij, en advocaat Mario Deketelaere, die verschijnt voor tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van diensten, in de aankondiging genaamd “Raamovereenkomst met een bodemsaneringsdeskundige”.

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 307.185,13 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 26 juli 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 31 juli 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het bijzonder bestek APR/2012/5 is van toepassing. De gunningscriteria zijn:

- prijs (60 punten),
- plan van aanpak (40 punten).

Artikel III.4 bepaalt voorts inzake de keuze van de offerte:

“De opdracht wordt gegund op basis van de gunningscriteria.

De sluiting van de opdracht betreft een overeenkomst op basis van de eenheidsprijzen opgegeven in de offerte. Bij het opstellen van de lastvoorwaarden van deze opdracht beschikt het bestuur nog niet over de exact benodigde hoeveelheden. Daarom zijn de vermoedelijke hoeveelheden louter indicatief. Zij binden het bestuur op geen enkele wijze. De dienstverlener kan geen schadevergoeding eisen indien deze vermoedelijke hoeveelheden niet bereikt worden.

Het bestuur verbindt zich er echter toe een minimum van 70% en een maximum van 130% van het offertebedrag te bestellen bij de opdrachtnemer. Indien gedurende de looptijd van de opdracht het maximum van 130% van het offertebedrag wordt bereikt, zal de opdracht beëindigd worden zonder recht op schadevergoeding.”

3.4. Volgens het proces-verbaal van opening zijn op 21 september 2012 twaalf offertes ingediend waaronder de offerte van verzoekende partij en die van de vzw Bodemkundige Dienst van België.

3.5. Op 15 oktober 2012 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld. Alle inschrijvers worden geselecteerd en alle offertes worden regelmatig bevonden. Vervolgens worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria en een rangschikking wordt opgesteld. De vzw Bodemkundige Dienst van België wordt als eerste gerangschikt met 95 punten op 100: zij scoort 60 op 60 voor prijs (312.028,75 euro, btw inbegrepen) en 35 op 40 voor ‘plan van

aanpak'. Verzoekende partij wordt tweede met 91,61 op 100: zij scoort 53,61 op 60 voor prijs (349.212,05 euro, btw inbegrepen) en 38 op 40 voor 'plan van aanpak'.

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de vzw Bodemkundige Dienst van België als inschrijver met de economisch meest voordelige, regelmatige offerte, "tegen de eenheidsprijzen vermeld in de offerte van deze inschrijver".

3.6. Op 24 oktober 2012 gaat de raad van bestuur van verwerende partij akkoord met de gunning van de voorliggende opdracht aan de vzw Bodemkundige Dienst van België.

3.7. Met een op 23 oktober 2012 gedateerde aangetekend verzonden brief en met een e-mail van 25 oktober 2012 deelt verwerende partij deze gunningsbeslissing mee aan verzoekende partij. Ook het verslag van nazicht is bijgevoegd maar met weglating van de inhoudelijke beoordeling van het plan van aanpak van de andere inschrijvers.

3.8. Met een brief gedateerd op 6 november 2012 vraagt de raadsman van verzoekende partij om het volledige gunningsverslag mee te delen nu in de meegedeelde versie de beoordelingen van de andere inschrijvers onleesbaar werden gemaakt.

3.9. Met een aangetekend verzonden brief gedateerd op 12 november 2012 deelt verwerende partij het gunningsverslag mee met opnieuw onleesbaarmaking van bepaalde passages.

3.10. Met een op 7 november 2012 ingediend verzoekschrift vraagt verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 24 oktober 2012.

In deze zaak, gekend onder rolnummer A. 206.933/XII-7132, beveelt de Raad van State, bij arrest nr. 221.627 van 4 december 2012, de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de

gunningsbeslissing van 24 oktober 2012. Verzoekende partij dient vervolgens in deze zaak een annulatieberoep in.

3.11. Na het voormelde schorsingsarrest stelt verwerende partij op 12 december 2012 een nieuw verslag van nazicht op. Alle inschrijvers worden opnieuw geselecteerd, alle offertes worden opnieuw regelmatig bevonden en ook zijn de beoordeling en rangschikking dezelfde. Alleen de beoordeling in woorden van het gunningscriterium ‘plan van aanpak’ is uitgebreider.

Dit leidt tot een eindrangschikking waarin de vzw Bodemkundige Dienst van België opnieuw als eerste wordt gerangschikt met 95 punten op 100: zij scoort 60 op 60 voor prijs (312.028,75 euro, btw inbegrepen) en 35 op 40 voor ‘plan van aanpak’. Verzoekende partij wordt tweede met 91,61 op 100: zij scoort 53,61 op 60 voor prijs (349.212,05 euro, btw inbegrepen) en 38 op 40 voor ‘plan van aanpak’.

Er wordt dan ook voorgesteld de opdracht te gunnen aan de vzw Bodemkundige Dienst van België als inschrijver met de “economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) offerte”.

3.12. Op 19 december 2012 trekt de raad van bestuur van verwerende partij de gunningsbeslissing van 24 oktober 2012 in en gaat hij opnieuw akkoord met de gunning van de voorliggende opdracht aan de vzw Bodemkundige Dienst van België.

Met de “namens de Raad van Bestuur” door de voorzitter van de raad van bestuur van verwerende partij ondertekende gemotiveerde gunningsbeslissing gedateerd op 19 december 2012, die verwijst naar voormeld verslag van nazicht en voorstel die geheel worden onderschreven, gunt verwerende partij de opdracht aan de vzw Bodemkundige Dienst van België tegen de eenheidsprijzen vermeld in de offerte.

3.13. Met een aangetekend verzonden brief gedateerd op 21 december 2012 deelt verwerende partij de nieuwe gunningsbeslissing mee aan verzoekende

partij. Ook het verslag van nazicht is bijgevoegd nu enkel nog met weglating van de geraamde waarde van de opdracht.

IV. Tussenkost

4. Verzoekende partij in tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

5. Hiervoor is gebleken dat de raad van bestuur de opdracht gunde en vervolgens ook een geformaliseerde gemotiveerde gunningsbeslissing liet opstellen. Beide worden volledigheidshalve tot voorwerp van de vordering gerekend.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. Overeenkomstig 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.

6.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de

schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

Vooraf

7. Een middel dat in een schorsingsvordering wordt aangebracht dient, om als ernstig te kunnen worden aangemerkt, dermate duidelijk te zijn dat het bij de eerste lezing meteen aannemelijk is dat daarop een nietigverklaring kan worden gesteund, zonder dat een doorgedreven onderzoek van het middel noodzakelijk is. In een schorsingsprocedure die, zoals de huidige, dan nog is ingeleid bij uiterst dringende noodzakelijkheid, is zulks des te meer het geval, omdat het onderzoek van de Raad van State in die procedure uiterst snel moet kunnen verlopen.

Vanuit die optiek is het problematisch dat verzoekende partij te dezen in het deel V “In rechte: de middelen” van het verzoekschrift drie middelen opwerpt waarbij elk middel bestaat uit een kader met opsomming van de geschonden geachte rechtsregels en beginselen gevolgd door een toelichting, waarbij aldus de middelen over 16 bladzijden worden toegelicht en in die toelichting tal van grieven worden ontwikkeld die echter niet telkens meer duidelijk in verband worden gebracht met de geschonden geachte rechtsbepalingen en -beginselen.

Dergelijke werkwijze, waarbij een middel wordt aangebracht dat de Raad van State ertoe noodzaakt zelf terug te grijpen, vanuit een uitvoerige

toelichting, naar een reeks geschonden geachte rechtsbepalingen en -beginselen, maakt het moeilijk om bij het vereiste snelle onderzoek het ernstig karakter van het middel vast te stellen.

Van de Raad van State mag in die omstandigheden niet worden verwacht dat hij elke mogelijke grief opmerkt en beoordeelt.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, van artikel 98, § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten’, van “het algemeen rechtsbeginsel houdende materiële en formele motiveringsverplichting van bestuurshandelingen”, alsook van het zorgvuldigheidsbeginsel.

In de toelichting gaat zij vervolgens in op het onderzoek van de prijs en op de beoordeling van het gunningscriterium ‘plan van aanpak’.

8.2. In wat beschouwd kan worden als een eerste onderdeel, betreffende het onderzoek van de prijs, betoogt zij dat de aanbestedende overheid het realistisch en normaal karakter van de voorgestelde prijzen dient na te gaan. Luidens artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, wordt elke offerte waarvan het bedrag minstens 15% onder het gemiddelde bedrag van de ingediende offertes ligt, beschouwd als een offerte met een abnormale prijs die moet worden nagekeken. Verzoekende partij erkent dat dit weliswaar een bijzondere bepaling is, maar stelt dat het principe een algemene toepassing heeft.

Te dezen ligt de prijs van de gekozen offerte minstens 15 % onder het gemiddelde bedrag. De aanbestedende overheid had zich vragen moeten

stellen over die prijs en voorzichtig te werk moeten gaan. Door dit niet te doen schendt verwerende partij het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verzoekende partij erkent dat zijzelf ook een zeer lage prijs aanbiedt, maar wijst er op dat zij deze opdracht reeds voordien had en hierdoor veel ervaring heeft opgedaan, waardoor zij zelf een lagere prijs kon aanbieden dan gemiddeld. De aanbestedende overheid had vragen moeten stellen hoe de gekozen inschrijver nog lager kon gaan.

Ten slotte gaat verzoekende partij in dit onderdeel in op het statuut van de vzw Bodemkundige Dienst van België.

Zij merkt op dat deze in het verzoekschrift tot tussenkomst in de eerste zaak zelf stelde dat zij een zelfbedruipende spin-off van de KU Leuven is, wijst naar de goedgekeurde jaarrekening 2011 en leidt uit post 73 (lidgeld, schenkingen, legaten en subsidies) af dat de subsidies in 2011 189.282 euro bedroegen en in 2010 115.651 euro. Zij erkent dat “de staatssteun en andere subsidies misschien niet tot uiting komen in de vermelde posten”, doch het is volgens haar “duidelijk dat K.U. Leuven subsidies ontvangt voor opdrachten en onderzoeken die zij vervolgens toevertrouwt of doorspeelt aan vzw Bodemkundige Dienst van België, haar spin-off. Dit laat de vzw Bodemkundige Dienst van België toe om een significant voordeligere offerte in te dienen dan andere ondernemingen”.

Zij betoogt in dit kader voorts dat ook inzake de belastingen de vzw Bodemkundige Dienst van België over een gunstiger regime beschikt dan verzoekende partij. Terwijl het tarief van de vennootschapsbelasting in principe 33% bedraagt, zal de winst van een vzw die aan de rechtspersonenbelasting is onderworpen, slechts deels of niet belast worden nu in de rechtspersonenbelasting slechts een beperkt aantal inkomsten belastbaar zijn. Voorts verwijst zij naar het bijzondere fiscale regime van vzw's en het feit dat op de vergoedingen van vrijwilligers onder bepaalde voorwaarden geen belastingen worden betaald.

Verzoekende partij besluit dit eerste onderdeel: “De aanbestedende overheid had zich vragen moeten stellen over de prijs en de

samenstelling hiervan en voorzichtig te werk gegaan zijn met onmiddellijk de opdracht aan de laagste offerte te bieden”.

8.3. In wat beschouwd kan worden als een tweede onderdeel, betreffende de beoordeling van het gunningscriterium ‘plan van aanpak’, betoogt verzoekende partij dat de nieuwe gunningsbeslissing een bijkomende argumentatie met betrekking tot het tweede gunningscriterium “plan van aanpak” bevat. Zij wijst er op dat “er [...] enkel een korte beschrijving [wordt] gegeven van het plan van aanpak van partijen” en dat “uit de vergelijking [wel blijkt] waarom Antea Group en Ecorem 38/40 scoren, maar niet waarom de Bodemkundige Dienst van België 35/40 scoort en hoe zij zich opzichts elkaar verhouden”. Verzoekende partij is aldus naar eigen zeggen niet in de mogelijkheid om de gedane beoordeling op haar waarde te schatten, en verwerende partij had de meest interessant geachte offerte dienen te kiezen op basis van een verslag waarbij in detail de voor- en nadelen van de verschillende offertes werden ontleed en waarbij de keuze van één onder hen wordt voorgestaan na een rationele vergelijking van voor- en nadelen ten aanzien van de in het bestek opgenomen maatstaven. Dit is niet gebeurd.

Beoordeling

9. In de mate dat verzoekende partij de schending inroept van artikel 98, § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 toont zij niet aan dat het te dezen gaat om een opdracht in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, en is het middel niet ontvankelijk.

Eerste onderdeel

10.1. In de huidige stand van het geding toont verzoekende partij niet aan dat verwerende partij, alleen omdat de prijs van de gekozen offerte meer dan 15 % onder de gemiddelde prijs ligt zoals die werd berekend door verzoekende partij, die offerte als abnormaal had moeten weren of niet zonder prijsverantwoording te vragen kon aanvaarden.

In de eerste plaats toont zij niet aan dat, buiten het geval bedoeld in het hier niet toepasselijke artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van

8 januari 1996, dat immers de aanbesteding van werken betreft, dergelijke 15% drempel geldt.

Bovendien maakt zij niet concreet en *prima facie* aannemelijk waarom de prijs voorgesteld door de gekozen inschrijver om een andere reden als abnormaal laag had moeten worden beschouwd. Uit de bestreden beslissing en het gunningsverslag blijkt dat er grote verschillen zijn tussen de prijzen van de verschillende offertes, gaande van 312.028,75 euro tot 573.273,80 euro, dat de prijs van de gekozen offerte slechts 37.183,30 euro lager ligt dan de prijs van de offerte van verzoekende partij en dat er ook tussen de andere inschrijvers aanzienlijke en soms veel grotere verschillen zijn. Zo is er tussen de offerte van verzoekende partij en de derde laagste inschrijver ook een prijsverschil van ongeveer 30.000 euro. Voorts bedraagt de eigen raming van het bestuur 307.185,13 euro, btw niet inbegrepen, en 371.694,01 euro, btw inbegrepen, en is in dat licht de door de gekozen inschrijver voorgestelde prijs al minder afwijkend.

Verzoekende partij toont ook niet aan waarom het bestuur niet van oordeel kan zijn dat een voorgestelde prijs niet abnormaal is in het licht van de door verwerende partij opgestelde raming alleen omdat de inschrijvers geen kennis konden nemen van deze voorafgaandelijke raming.

Het enkele feit dat de prijs van de gekozen inschrijver lager is dan haar prijs volstaat, in het licht van het voorgaande, evenmin om aan te tonen dat de prijs voorgesteld door de gekozen inschrijver daarom als abnormaal laag had moeten worden beschouwd.

10.2. Ook het enkele feit dat de gekozen inschrijver een vzw is toont niet noodzakelijk aan dat de voorgestelde prijs, ook wanneer die de laagste is, noodzakelijk als abnormaal had moeten worden beschouwd.

In de mate dat verzoekende partij in dit kader verwijst naar de beweerde subsidies en het spin-off karakter van de gekozen inschrijver, dat deze laatste zou toelaten om een significant voordeligere offerte in te dienen dan andere ondernemingen, naar het niet belasten van de vergoedingen die betaald worden aan vrijwilligers en naar het verschillend fiscaal regime (rechtspersonen- tegenover

vennootschapsbelasting), lijken deze grieven in het kader van dit onderdeel niet relevant aangezien niet wordt aangetoond dat de voorgestelde prijs abnormaal laag was, hetgeen nochtans het uitgangspunt van dit eerste onderdeel lijkt.

10.3. In het licht van dit alles wordt niet *prima facie* aangetoond dat de door de gekozen inschrijver voorgestelde prijs als dermate afwijkend dient te worden beschouwd dat verwerende partij deze prijs niet anders dan als abnormaal mocht beschouwen. Ook wordt aldus niet aangetoond dat zij “onvoorzichtig” te werk is gegaan. Om dezelfde redenen blijkt evenmin *prima facie* dat in het kader van het prijsonderzoek het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden.

10.4. In het middel wordt ook de schending ingeroepen van “het algemeen rechtsbeginsel houdende materiële en formele motiveringsplicht van bestuurshandelingen”. Er wordt niet voldoende duidelijk toegelicht hoe er hier sprake is van deze schending.

10.5. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

11.1. Het gunningscriterium “plan van aanpak”, aan de orde in dit tweede onderdeel, wordt in het nazichtsverslag wat de voor dit criterium eerste vier gerangschikte inschrijvers betreft, als volgt beoordeeld:

Nr.	Naam	Motivering	Score
[...] Gunningscriterium nr. 2: Plan van aanpak [...]			
3	Antea Group	Ter coördinatie van de totale opdracht stelt Antea een projectmanager aan die instaat voor de algemene administratieve opvolging van de opdracht, en een contractmanager die het inhoudelijke contactpunt voor de aanbestedende overheid vormt. Op regelmatige basis zal de contractmanager instaan voor een rapportering van de stand van zaken van de lopende deelopdrachten wat het bestuur betere opvolgingsmogelijkheden biedt. Na afwerking van het rapport door het	38

		<p>projectteam voor die deelopdracht, voorziet Antea tevens een grondige kwaliteitscontrole vooraleer de rapporten aan de aanbestedende overheid voor te leggen.</p> <p>De voorbeeldopdrachten zijn heel gedetailleerd uitgewerkt waarbij Antea blijk geeft te beschikken over een grondige methodiek. De start van iedere voorbeeldopdracht wordt gevormd door een grondig uitgewerkt vooronderzoek en bemonsteringsplan. Om de doorlooptermijn van de voorbeeldopdrachten te beperken, beschikt Antea over veldwerkteams in eigen beheer die wanneer nodig over een groot assortiment aangepast materiaal kunnen beschikken, maar beschikken zij tevens over contracten met 2 laboratoria zodat tijdens de analysefase steeds de nodige capaciteit voorzien kan worden.</p> <p>Voor voorbeeldopdracht 2 wordt in de uitvoeringstermijn slechts gerekend met één veldwerkteam waardoor een lange termijn voorzien wordt, maar er wordt wel aangegeven dat de termijn verkort kan worden door meerdere veldwerkteams in te zetten wanneer een snelle doorlooptijd noodzakelijk is.</p> <p>De aanbestedende overheid wordt tijdens de uitvoering van de deelopdrachten op de hoogte gehouden van de voortgang en beschikbare resultaten van iedere stap in de procedure wat als meerwaarde aanzien wordt.</p> <p>Score</p> <ul style="list-style-type: none"> • Voorbeeldopdracht 1: 19 • Voorbeeldopdracht 2: 19 	
5	Ecorem nv	<p>Ecorem voorziet een projectmanager die de inhoudelijke coördinatie van de opdracht op zich neemt en alle communicatie en informatiedoorstroming met de opdrachtgever zal behandelen. Per deelopdracht wordt een projectteam aangeduid dat de uitvoering van de deelopdracht op zich zal nemen. De projectmanager staat tevens in voor de kwaliteitscontrole van de rapporten vooraleer dit aan de opdrachtgever te bezorgen.</p> <p>De voorbeeldopdrachten worden heel gedetailleerd uitgewerkt waaruit de inschrijver laat blijken te beschikken over een grondige</p>	38

		<p>methodiek. Er wordt vertrokken van een controle van het vooronderzoek, inclusief een terreinbezoek wanneer nodig, waaruit een gedetailleerd bemonsteringsplan volgt. Om de doorlooptijd van voorbeeldopdracht 2 te beperken worden meerdere veldwerkteams ingezet. Indien de opdracht dit nodig maakt, zullen tevens contactpersonen van het bestuur betrokken worden bij het veldwerk om een correcte en snelle afhandeling te verkrijgen, wat de kwaliteit van de deelopdrachten ten goede komt.</p> <p>In hun offerte verwijst Ecorem meermaals naar hun ervaringen binnen de huidige raamovereenkomst die zij voor de Vlaamse Landmaatschappij uitvoeren waardoor de invulling van hun methodiek specifiek op VLM geënt is. Ecorem voorziet echter — in tegenstelling tot wat het bestek aangeeft — de aflevering van 3 papieren exemplaren van de rapporten in plaats van het conform het bestek gevraagde 1 exemplaar. Deze afwijking van het bestek vormt geen meerwaarde.</p> <p>Score</p> <ul style="list-style-type: none"> • Voorbeeldopdracht 1: 19 • Voorbeeldopdracht 2: 19 	
2	Adviesbureau voor Bodemonderzoek nv	<p>De coördinatie van de opdracht gebeurt door een centrale contactpersoon die zal instaan voor de administratieve afhandeling en overkoepelende communicatie. Ter afhandeling van de deelopdrachten wordt deze coördinator bijgestaan door een team van consultants die per deelopdracht zelf dienen in te staan voor de communicatie met de opdrachtgever.</p> <p>Uit de heel gedetailleerde invulling van beide voorbeeldopdrachten laat de inschrijver blijken te beschikken over een grondige methodiek. Er wordt gestart vanuit het oogpunt van een grondig vooronderzoek, inclusief altijd een terreinbezoek per deelopdracht wat een betere inschatting van het veldwerk mogelijk maakt.</p> <p>In voorbeeldopdracht 2 wordt de doorlooptijd tevens beperkt gehouden door middel van de inzet van meerdere veldwerkteams. Op meerdere momenten tijdens de afhandeling van de deelopdrachten wordt tevens</p>	35

		<p>informatiedoorstroming naar de opdrachtgever voorzien per mail, telefonisch of in gezamenlijk overleg wanneer nodig wat het bestuur betere controlemogelijkheden geeft.</p> <p>De inschrijver voorziet echter — in tegenstelling tot wat het bestek aangeeft — de technische verslagen zelf bij de erkende bodembeheerorganisatie in te dienen waardoor de termijnen voor de laatste stap, namelijk de aflevering van het definitieve rapport, niet af te leiden vallen uit de offerte.</p> <p>Score</p> <ul style="list-style-type: none"> • Voorbeeldopdracht 1: 17 • Voorbeeldopdracht 2: 18 	
4	Bodemkundige Dienst van België vzw	<p>Bodemkundige Dienst van België voorziet een centrale contactpersoon voor de coördinatie van de opdracht die per deelopdracht een projectleider zal aanstellen. Deze projectleider zal zelf instaan voor de met de opdrachtgever. Bodemkundige Dienst van België voorziet daarnaast tevens een kwaliteitscontrole van ieder rapport vooraleer dit aan de opdrachtgever te bezorgen.</p> <p>De voorbeeldopdrachten zijn heel gedetailleerd uitgewerkt waaruit de inschrijver laat blijken te beschikken over een grondige methodiek. Voorafgaand aan de goedkeuring van het bemonsteringsplan door de opdrachtgever, zal de centrale contactpersoon de deelopdracht inplannen zodat de doorlooptijd beperkt blijft. De projectleider start de deelopdracht met een grondige controle van het aangeleverde vooronderzoek waaruit een gedetailleerd bemonsteringsplan volgt.</p> <p>Voor voorbeeldopdracht 2 wordt in de uitvoeringstermijn slechts gerekend met één veldwerkteam wat een langere doorlooptermijn inhoudt. Er wordt echter wel aangegeven dat meerdere veldwerkteams beschikbaar zijn en ingezet kunnen worden wat dan weer een verkorting van de termijn mogelijk maakt. Omdat dit echter niet standaard voorzien wordt, wordt dit als lichte minwaarde aanzien.</p> <p>Uit de offerte blijkt tevens dat de projectleider na toewijzing van de deelopdracht een</p>	35

		startvergadering met de aanbestedende overheid zal beleggen. Het is echter niet echt duidelijk hoe deze in de organisatie van de deelopdracht ingepland wordt.	
		Score <ul style="list-style-type: none"> • Voorbeeldopdracht 1: 18 • Voorbeeldopdracht 2: 17 	
[...]	[...]	[...]	[...]

In hun plan van aanpak respecteren de inschrijvers de algemene methodiek zoals deze door het bestek uitgetekend wordt, iedere inschrijver geeft echter op zijn eigen manier hieraan een gedetailleerde invulling. Naargelang de detaillering van het plan van aanpak het bestuur betere garanties biedt op een snelle en kwalitatieve afhandeling van de deelopdrachten, verkrijgen de inschrijvers een hogere quotering.

Uit de beoordeling van het plan van aanpak, valt op dat de inschrijvers uiteenvallen in een drietal groepen, namelijk Antea Group, Ecorem, Adviesbureau voor Bodemonderzoek en Bodemkundige Dienst van België die 35-38 scores, Talboom, Tauw, Tijdelijke vereniging Rimeco/Saneco en Abesim die 30-32 scores en Envirosoil, Grontmij Belgium en Tractebel Engineering die 20-25 scores. Deze verschillen zijn onder meer te wijten aan de inzet van meerdere veldwerkteams, het al dan niet voorzien van kwaliteitscontrole, de omvang van het projectteam en de voorziene back-upmogelijkheden.

Binnen deze groepen vallen de kleine puntenverschillen te verklaren door de detailinvulling die de inschrijvers voorstellen en die de doorlooptijd van de deelopdrachten kunnen beperken.

Zo voorziet Antea Group als enige inschrijver twee labos in de analysefase om een snelle afwerking van deze fase te verkrijgen, geven zij aan te beschikken over een uitgebreider assortiment aan bemonsteringsmateriaal dan de overige inschrijvers.

Ecorem voorziet in tegenstelling tot Antea, Bodemkundige Dienst en Adviesbureau voor Bodemonderzoek een intensievere betrokkenheid van de contactpersonen tijdens het veldwerk zodat dit vlotter kan verlopen, zij voorzien als enige de mogelijkheid om het digitale communicatieplatform tussen Ecorem en het labo open te stellen voor het bestuur”.

11.2. In dit middelonderdeel wordt de schending ingeroepen van “het algemeen rechtsbeginsel houdende materiële en formele motiveringsplicht van bestuurshandelingen”. In de toelichting verwijst verzoekende partij in het kader

van dit tweede onderdeel ook naar de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

Verzoekende partij toont niet *prima facie* aan waarom de voormelde motivering inzake de beoordeling van het ‘plan van aanpak’ niet afdoende was teneinde haar in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt.

De motivering van de bestreden beslissing is niet beperkt tot een loutere puntentoekenning nu deze dient te worden samengenomen met en steunt op het tegelijk en thans volledig (behoudens de zwartmaking van het ramingsbedrag) aan verzoekende partij meegedeelde en hierboven geciteerde verslag van nazicht.

Anders dan verzoekende partij aanvoert, lijkt aldus wel afdoende formeel gemotiveerd waarom Antea en Ecorem 38 op 40 scoren.

Aldus blijkt niet waarom verzoekende partij in dat licht desgewenst niet in de mogelijkheid was om met kennis van zaken de aan tussenkommende partij toegekende score voor het ‘plan van aanpak’ inhoudelijk te betwisten en aan te tonen dat de scores te hoog of te laag zijn. Er lijkt voldaan aan de formele-motiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

11.3. Ook wordt niet *prima facie* aangetoond dat verwerende partij door aldus het ‘plan van aanpak’ te beoordelen de grenzen van haar beoordelingsvrijheid heeft overschreden en aldus de materiële-motiveringsplicht heeft geschonden. Evenmin blijkt dat in het kader van de beoordeling van dit gunningscriterium ‘plan van aanpak’ het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden.

11.4. Het tweede onderdeel en dus het middel zijn niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. Verzoekende partij voert de schending aan van “de eerlijke mededinging uit art. 2, 3 en 84 EG Verdrag”, van “het gelijkheidsbeginsel uit art. 10 en 11 G.W.” en van de “Marktpraktijkenwet”.

Dit middel wordt vervolgens als volgt toegelicht:

“1. Fundamentele verschil tussen vzw en andere inschrijvers, o.a. verzoekende partij en schending van de Marktpraktijkenwet

Zoals reeds bekend mag een VZW geen winstoogmerk nastreven en mag zij in principe geen daden van koophandel stellen (art. 1 V&S-Wet). Het Hof van Cassatie oordeelde echter in haar arrest van 3 oktober 1996 (Cass. 3 oktober 1996, TRV 1997,217) dat een VZW wel daden van koophandel mag stellen indien voor zover deze bijkomstig zijn aan haar niet-winstgevend hoofddoel. Om onder de noemer bijkomstig te vallen dient de commerciële activiteit ten eerste kwantitatief ondergeschikt te zijn: ‘Het aantal personele en materiële werkmiddelen gebruikt voor de commerciële activiteit dient kwantitatief lager uit te vallen dan deze aangewend voor de niet-commerciële (ook wel: altruïstische, ideële, niet-economische) activiteit’ [...]. Bovendien dient de commerciële activiteit tevens noodzakelijk te zijn voor en haar opbrengsten dienen ter verwezenlijking van, dezelfde niet-commerciële activiteit.

De grenzen en afbakening van deze bijkomstige commerciële activiteit zijn van cruciaal belang om te kunnen oordelen of de VZW niet in een onwettige mededinging belandt en desgevallend de regelgeving aangaande de eerlijke handelspraktijken schendt [...].

Immers, het Hof van Cassatie oordeelde in het Watertaxi-arrest dd. 13 september 2002 (Cass. 13 september 2002, TRV 2003, 290) dat VZW’s verkopers zijn in de zin van de Handelspraktijkenwet (nu Marktpraktijkenwet: art. 2, 10 WMPC - ‘onderneming’) zelfs als zij geen winstoogmerk nastreven en zelfs als zij deze handelsactiviteiten op bijkomstige wijze ontplooiën.

Dit betekent aldus dat een VZW ‘in het kader van haar al dan niet beperkte, verkoopsactiviteiten zich als een eerlijke verkoper dient te gedragen en conform artikel 93 W.H.P.C. de eerlijke handelsgebruiken moet respecteren ten aanzien van concurrenten-verkopers. Eén van de facetten daarvan, onder meer in het licht van de Europese mededingingsrechtspraak, is de toepassing van een adequate prijs. Het is

niet omdat een verkoper niet kan worden betrapt op ‘verkoop met verlies’ (artikel 40 WHPC (art. 101 WMPC)) dat hij daarom een adequate prijs hanteert’. [...].

Een adequate prijs zou dan de prijs zijn die minstens evenveel inkomsten oplevert als er nodig zou zijn voor de normale werking van de organisatie, en die moet betaald worden door de afnemers van diensten van die organisatie. In tegengesteld geval is er een oneerlijke prijszetting. [...]

‘Vooral de rechtstreekse of onrechtstreekse subsidiëring van de niet-economische doelstellingen (werkervaring, volkstoerisme, dringend ziekenvervoer,...) in de marge waarvan de handelsactiviteiten (strijkdiensten, zakentoerisme, niet-dringend ziekenvervoer,...) worden verricht, drukt al wel eens ten onrechte de prijs gehanteerd door voor deze laatste activiteiten’. [...]

In casu ontvangt de VZW Bodemkundige Dienst van België subsidies van de Belgische overheid, waardoor de VZW Bodemkundige Dienst van België in de mogelijkheid verkeert om voor haar handelsdaden een prijs te zetten die geen overeenstemming vindt met het begrip van een adequate prijs. Dergelijke praktijken zijn een duidelijke schending van de eerlijke mededinging

2. Staatssteun

Eerlijke mededinging en gelijkheid tussen inschrijvers onderling moet bijgevolg worden gegarandeerd in het kader van procedures tot toekenning van overheidsopdrachten. Hiervoor zijn de bepalingen inzake staatssteun, in het kader van het overheidsopdrachtenrecht, van belang. Begunstigden van overheidssteun kunnen immers een significant voordeliger offerte indienen dan andere ondernemingen (abnormaal lage offertes als gevolg van staatssteun).

Het belang van objectiviteit en gelijkheid in de procedures van overheidsopdrachten dient onderstreept te worden. Deze elementen zijn essentieel om een daadwerkelijke mededinging inzake overheidsopdrachten te realiseren. [...]

Het mededingingsbeginsel hangt nauw samen met het gelijkheidsbeginsel. Om een situatie van vrije mededinging te creëren, moeten potentiële inschrijvers immers onder gelijke voorwaarden op de betrokken markt opereren. Het toekennen van staatssteun kan daarbij een nefast gevolg hebben. Gesteund door maatregelen van staatswege kunnen bepaalde begunstigde ondernemingen een preferentiële positie innemen in overheidsopdrachtenprocedures.

Artikel 87 EG-verdrag (mededingingsrecht) behoedt de markt voor de vervalsing van de mededinging. Deze bepaling viseert

overheidsinterventies. Toegepast naar analogie op de bepalingen inzake overheidsopdrachten, bestaat ook inzake overheidsopdrachtenprocedures het risico dat de mededinging tussen inschrijvers wordt verstoord door staatssteunmaatregelen.

Overeenkomstig art. 25 en 38 K.B. 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten kan de aanbestedende overheid een inschrijving die een voorbehoud bevat, als niet bestaande of als onregelmatig beschouwen. Wanneer een inschrijver de handhaving van zijn inschrijving afhankelijk maakt van het toekennen van een niet in het bestek voorzien voordeel, met name de verbintenis van de overheid om in geval van eventuele devaluaties de prijzen aan te passen, maakt hij aanspraak op een voordeel dat de andere inschrijvers niet hadden. De toezegging van een dergelijk voordeel zou strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel.

Door het ontvangen van een subsidie bevat de inschrijving van de Bodemkundige Dienst van België een voorbehoud. De handhaving van haar inschrijving is namelijk afhankelijk van het toegekend krijgen van de subsidies. Bij het wegvallen van deze subsidies, wordt het voor de Bodemkundige Dienst moeilijker aan dezelfde prijs haar diensten aan te kunnen bieden. Met dit voorbehoud wordt in het bestek geen rekening gehouden, aldus kan de inschrijving als onregelmatig beschouwd worden.

Hierbij is het van belang zich rekenschap te geven dat staatssteun niet gratis is. Uiteindelijk moet de belastingbetaler staatssteun financieren. Ondernemingen steunen betekent dat uit andere beleidstakken middelen worden weggehaald. De middelen van de overheid zijn beperkt en zijn nodig voor talrijke essentiële taken, zoals onderwijs, gezondheidszorg, nationale veiligheid of sociale bescherming. [...]

Een marktdeelnemer die de begunstigde is van onrechtmatige steunmaatregelen moet van elke procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten worden uitgesloten. Zelfs wanneer die steun geen rechtstreekse invloed heeft op de prijs, die van grote betekenis is voor de uiteindelijke beslissing van de aanbestedende dienst. [...]

Aanbestedende overheden moeten bij de toewijzing van hun opdracht het beginsel van mededinging respecteren. De mededinging zorgt ervoor dat de concurrentie zo goed mogelijk speelt op de markt en dat het voor alle ondernemingen mogelijk is om een gooi te doen naar een overheidsopdracht.

De vzw Bodemkundige Dienst van België stelt in haar verzoekschrift tot tussenkomst d.d. 19.11.2012 dat zij een zelfbedruipende spin-off van de K.U. Leuven is.

Verzoekende partij verwijst naar de jaarrekening d.d. 27.07.2012 goedgekeurd door de algemene vergadering van 21.06.2012 met betrekking tot het boekjaar dat de periode dekt van 01.01.2011 tot 31.12.2011. [...]

Uit post 73 (Lidgeld, schenkingen, legaten en subsidies) kunnen we afleiden dat subsidies in het vorig boekjaar 189.282,00 EUR uitmaakten en in het boekjaar 2010 115.651,00 EUR ten opzichte van de totale bedrijfsopbrengsten van 7.837.730,00 EUR. Het valt niet te ontkennen dat de vzw Bodemkundige Dienst van België hierin een uitstekend resultaat neerzet.

Uit het jaarverslag 2011 van de K.U. Leuven wordt echter uitvoerig verslag gegeven over de spin-off creatie en de ondersteuning van de groei van spin-offs door de universiteit. Hierbij wordt niet enkel aandacht besteed aan het starten van nieuwe spin-offs maar ook aan het ondersteunen van de groei van spin-off ondernemingen, bijvoorbeeld door het uitbouwen van preferentiële relaties met lokale en internationale risicokapitaalverschaffers en business angels.

De staatssteun en andere subsidies komen misschien niet tot uiting in de vermelde posten, doch het is duidelijk dat K.U. Leuven subsidies ontvangt voor opdrachten en onderzoeken die zij vervolgens toevertrouwt of doorspeelt aan vzw Bodemkundige Dienst van België.

Dit laat de vzw Bodemkundige Dienst van België toe om een significant voordeligere offerte in te dienen dan andere ondernemingen. Potentiële inschrijvers moeten echter onder gelijke voorwaarden op de betrokken markt opereren. Zie in dit verband ook het artikel d.d. 14.09.2012 uit Agripress waaruit de steun voor een bedrag van 50.000,00 EUR blijkt aan onderzoeksprojecten naar duurzame bemesting. Hierdoor beschikt tussenkomende partij over meer middelen om te besteden aan andere projecten. (stuk 13)

3. Belastingsregime

Ook met betrekking tot de belastingen beschikt de vzw Bodemkundige Dienst van België over een gunstiger regime dan verzoekende partij.

Het tarief van de vennootschapsbelasting bedraagt in principe 33%.

Er wordt geen belasting geheven op de vergoedingen die aan vrijwilligers worden gegeven als aan de volgende 2 voorwaarden is voldaan:

- de betrokken vrijwilligers leveren volledig onbaatzuchtige prestaties aan de vzw;
- de vergoedingen die worden gegeven, vertegenwoordigen enkel de terugbetaling van werkelijke kosten. Dat wil zeggen dat ze niet

abnormaal hoog zijn en dus geen verdoken bezoldiging voor geleverde prestaties zijn.

Volgens de criteria bepaald in art. 15 Wetboek van Vennootschappen is de vzw Bodemkundige Dienst van België een zeer grote VZW.

Indien een VZW aan de rechtspersonenbelasting is onderworpen, zal haar winst slechts deels of niet belast worden. In de rechtspersonenbelasting zijn namelijk slechts een beperkt aantal inkomsten belastbaar (art. 221 en 223 WIB '92). Dit heeft tot gevolg dat VZW's vaak geen belasting dienen te betalen.

Een VZW is soms onderworpen aan de vennootschapsbelasting, door haar exploitatie of haar winstgevende activiteit, doch krachtens art. 181 WIB '92 zijn VZW's niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen wanneer zij uitsluitend of hoofdzakelijk het verstrekken of het steunen van onderwijs tot doel hebben. Art. 182 WIB '92 stelt dat voor VZW's niet als verrichtingen van winstgevende aard wordt aangemerkt, verrichtingen die bestaan in een bedrijvigheid die slechts bijkomstig op nijverheids-, handels- of landbouwverrichtingen betrekking heeft of niet volgens nijverheids- of handelsmethoden wordt uitgevoerd.

Krachtens art. 3 van de statuten van vzw Bodemkundige Dienst van België, gewijzigd bij algemene vergadering d.d. 01.12.2006, heeft de vereniging tot doel de kwaliteit van het leefmilieu te bevorderen door de wetenschappelijke studie te ondernemen van de factoren die in de productie van goederen en diensten een invloed hebben op het productieproces, op de kwaliteit van het product en op de omgeving die kunnen leiden tot hun praktische beheersing en tevens door de toepassing van deze bevindingen te doen doordringen in de praktijk van het agrarisch en het industrieel bedrijfsleven en bij de overheid. De praktijkgerichte toepassing kan ondermeer bestaan uit de bevordering van duurzame (agrarische) productiemethoden, de organisatie van naschoolse vormingsactiviteiten, sensibiliseringsacties, landbouweducatieve activiteiten, de aanleg van proef- en demonstratievelden, de ontwikkeling en implementatie van tools en bedrijfsadviseringssystemen, enz.

Alle nodige ontledingen, adviezen en studies op de bodem, het water, de lucht, de voedingsstoffen, de grondstoffen, de afvalstoffen, de afvalwaters, het slib en de omgeving zijn hierin begrepen en kunnen voor rekening van derden worden uitgevoerd.

De vereniging mag hiertoe alle nodige diensten inrichten en publicaties en software uitgeven. De vereniging mag alle roerende en onroerende goederen bezitten die nodig zijn om haar doelstelling te verwezenlijken. Zij mag deelnemen in en samenwerken met alle vereniging en ondernemingen die voor haar doelstelling nuttig kunnen zijn.

Universiteiten en hogescholen zijn publiekrechtelijke instellingen. Het toezicht door de overheid schept een afhankelijkheid. Er is sprake van toezicht op het beheer indien de betrokken instelling is onderworpen aan toezicht door de overheid dat deze in staat stelt de beslissingen van de betrokken instelling op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden. Er is geen sprake van een loutere controle achteraf. De overheid kan immers besluiten van de vzw inzake overheidsopdrachten beïnvloeden.

[4.] Wegingscoëfficiënten

Het is duidelijk dat een vzw, die subsidies ontvangt, niet vanuit een gelijke positie vertrekt als andere inschrijvers, waaronder verzoekende partij.

Deze gunstigere positie (kunnen aanbieden tegen een lagere prijs), is enkel houdbaar d.m.v. optredingen vanwege de overheid (ander belastingsregime, subsidies,...). Gezien de middelen om deze optredingen mogelijk te maken van overheidsgelden betaald dienen te worden, is de prijs van een vzw voor een overheidsopdracht onrechtstreeks duurder dan de prijs voor dezelfde opdracht van een andere inschrijver. De aanbestedende overheid schendt dan ook het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel wanneer zij bij het opstellen van de wegingscoëfficiënten van de gunningscriteria, deze onrechtstreekse kost niet in rekening brengt.

Wanneer een vzw toegelaten wordt tot de inschrijvingen voor een overheidsopdracht, dienen de wegingscoëfficiënten anders te liggen. De coëfficiënt voor het criterium prijs kan op dat moment niet doorwegen in de mate dat het doorweegt in de bestreden beslissing OF er moet bij het berekenen van het prijscriterium rekening gehouden worden met de onrechtstreekse kost van een vzw. Door zowel de ene maatregel als de andere niet toe te passen, schendt de aanbestedende overheid het mededingingsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Het beroep op mededinging is een principe dat gesteund is op de grondwettelijke verplichting (GW — art. 10) van de overheid om het gelijkheidsbeginsel na te leven. Dit principe houdt in dat noch tijdens de gunningsprocedure, noch tijdens de uitvoering van de opdracht overheidsbeslissingen mogen worden genomen die neerkomen op een discriminatie van de inschrijvers. Er wordt met andere woorden mee beoogd elk vermoeden van bedrog of favoritisme bij de keuze van de aannemer te weren en de laagst mogelijke prijs of de voordeligste offerte te bekomen voor de opdracht.

De eerlijke mededinging uit art. 2, 3 en art. 87 EG-verdrag wordt niet gewaarborgd.

Het middel is ernstig.”

Beoordeling

13. In de eerste plaats wijst verzoekende partij op “het fundamentele verschil tussen vzw en andere inschrijvers o.a. verzoekende partij”, hetgeen zij vervolgens in het opschrift van dit onderdeel kwalificeert als een schending van de “Marktpraktijkenwet”, dit is de wet van 6 april 2010 ‘betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming’. Noch in het algemene kader van dit middel noch in dit opschrift van dit onderdeel vermeldt zij uitdrukkelijk welk artikel van deze wet zij geschonden acht.

In de uiteenzetting van dit onderdeel van het middel citeert zij wel passages uit rechtsleer, weliswaar over de wet van 14 juli 1991 ‘betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument’, waarin wordt verwezen naar artikel 93 van die wet van 14 juli 1991 en naar artikel 40 van die wet, waarbij verzoekende partij toevoegt dat dit thans artikel 101 van de Marktpraktijkenwet is.

Er zou kunnen worden aangenomen dat voldoende duidelijk de schending bedoeld is van dit artikel 101. Dit artikel verbiedt elke onderneming “goederen” met verlies te koop aan te bieden of te verkopen. Te dezen verkoopt tussenkomende partij geen “goederen”, maar levert zij diensten, zodat dit artikel 101 hier niet relevant lijkt.

In de mate dat verzoekende partij verwijst naar artikel 93 van de wet van 14 juli 1991 ontbreekt elke verwijzing naar het corresponderende artikel in de Marktpraktijkenwet. In de mate dat zij aldus doelt op artikel 95 van die laatste wet dat elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad verbiedt waardoor een ondernemer de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden, toont zij in ieder geval niet concreet aan hoe de grieven een daad aantonen in de zin van artikel 96 tot 98 van die wet.

Voor zover de grief slaat op het verrichten van commerciële activiteiten door een vzw kan worden vastgesteld dat het, zoals in feite erkend wordt door verzoekende partij zelf, niet uitgesloten is dat een vzw, onder bepaalde voorwaarden, commerciële activiteiten verricht. *Prima facie* lijkt de beoordeling

van deze problematiek bij voorliggende zaak door de Raad van State, zeker in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, niet te passen binnen het kader van dit forum, zeker nu verzoekende partij onvoldoende concreet en specifiek aantoont dat te dezen die voorwaarden niet zouden zijn vervuld.

In de mate dat zij in dit onderdeel wijst op de subsidies die tussenkomende partij zou krijgen waardoor deze in de mogelijkheid verkeert om voor haar handelsdaden een prijs te zetten die geen overeenstemming vindt met het begrip van een adequate prijs, brengt zij dit niet in verband met een specifieke bepaling van de Marktpraktijkenwet, en toont zij in dit onderdeel ook *prima facie* niet aan dat tussenkomende partij te dezen geen adequate prijs hanteerde laat staan dat dit het gevolg zou zijn van subsidies.

14. In een tweede onderdeel benadrukt verzoekende partij dat er sprake zou zijn van staatssteun door het ontvangen van subsidies.

In de mate dat zij in dit kader concreet opwerpt dat de inschrijving van de vzw Bodemkundige Dienst van België “door het ontvangen van subsidies” een voorbehoud bevat, lijkt geen dergelijk voorbehoud uit de offerte.

Voor zover zij voorts opwerpt dat een marktdeelnemer die de begunstigde is van onrechtmatige steunmaatregelen van elke procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten moet worden uitgesloten, toont zij niet concreet aan dat er te dezen sprake is van staatssteun, laat staan onrechtmatige staatssteun. Verzoekende partij verwijst zelfs niet naar de voorwaarden uitgewerkt in de rechtspraak van het Hof van Justitie opdat sprake zou zijn van staatssteun, noch motiveert zij waarom de beweerde staatssteun onrechtmatig zou zijn, begrip dat zij ook niet nader uitwerkt. De punctuele subsidiëring die verzoekende partij opmerkt in de jaarrekeningen van tussenkomende partij, betreft, naar tussenkomende partij stelt, geen subsidiëring ten haren gunste maar ten gunste van bepaalde landbouwers dan wel strikt projectgebonden subsidiëring.

15. In een derde onderdeel gaat verzoekende partij in op het “belastingsregime” van tussenkomende partij dat gunstiger zou zijn dan dat van

verzoekende partij. Dit wordt evenmin concreet aangetoond. In feite wordt alleen het maatschappelijk doel van tussenkomende partij omschreven en wordt vermeld dat deze een zeer grote vzw is “volgens de criteria van artikel 15 van het Wetboek van Vennootschappen”, bepaling die vennootschappen en niet vzw’s lijkt te betreffen. Voorts mag worden opgemerkt dat de beoordeling van het al dan niet correcte fiscale regime van tussenkomende partij het huidige procedurele kader en forum lijkt te ontsnappen.

16. In een vierde onderdeel “wegingscoëfficiënten” voert verzoekende partij aan dat het duidelijk is dat een vzw, die subsidies ontvangt, niet vanuit een gelijke positie vertrekt als andere inschrijvers, waaronder verzoekende partij en dat de aanbestedende overheid het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel schendt wanneer zij bij het opstellen van de wegingscoëfficiënten van de gunningscriteria, de onrechtstreekse kost van deze subsidies niet in rekening brengt.

Uit de beoordeling vervat in de randnummers 13 tot 15 blijkt dat de uitgangspunten van dit middelonderdeel niet zijn aangetoond. Dit volstaat om dit onderdeel te verwerpen.

17. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

18. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 1, § 1, en artikel 10 en 11 van de wet van 24 december 1993.

In de toelichting benadrukt zij dat aanbestedende overheden niet partijdig mogen zijn en ook niet de schijn mogen wekken van partijdigheid. “[D]e gunningsbeslissing van 19.12.2012, [...] werd genomen namens de raad van bestuur van de Vlaamse Landmaatschappij door de voorzitter van deze raad van bestuur, Karel Vlassak” terwijl uit de statuten van de vzw Bodemkundige Dienst van België blijkt dat K. Vlassak stichter is van de Bodemkundige Dienst van

België en terwijl uit de laatst neergelegde ledenlijst van de algemene vergadering van 2006 van de vzw Bodemkundige Dienst van België blijkt dat Karel Vlassak tevens lid is van de algemene vergadering.

Zij betoogt vervolgens: “Het is dus duidelijk dat de heer Vlassak belangen heeft in één van de inschrijvende ondernemingen, namelijk de Bodemkundige Dienst van België. Ook wanneer de heer Vlassak op heden geen bestuurder meer is van de Bodemkundige Dienst, kan dit niet zijn neutraliteit bewijzen, gezien de verbondenheid als oprichter duidelijk is. Er is dus minstens sprake van een schijn van partijdigheid en favoritisme.”

Verder stelt zij dat de ondertekening van de “gunningsbeslissing dd. 19.12.2012” door een oprichter van de inschrijvende onderneming, tevens een handeling is die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen en dat dergelijke handeling is verboden volgens artikel 11 van de wet van 24 december 1993.

Ten slotte werpt zij op dat het “beoordelen van bepaalde kandidaten” tevens een schending inhoudt van het in artikel 1, § 1, van die wet vervatte beginsel van mededinging.

Zij besluit: “De VLM wekt aldus de schijn van een ongelijke behandeling, partijdigheid en favoritisme. De omstandigheden waarin de gunningsbeslissing genomen is, zijn voldoende om te oordelen dat de schending van artikel 10 van de overheidsopdrachtenwet daadwerkelijk de onwettigheid van de gunningsbeslissing tot gevolg heeft.”

Beoordeling

19.1. De in dit middel aangebrachte grief lijkt in de eerste plaats verband te houden met het verbod van belangenvermenging in het geschonden geachte artikel 10 van de wet van 24 december 1993. Ter terechtzitting verbijzondert verzoekende partij haar middel tot artikel 10, § 1.

Daargelaten de vraag of tussenkomende partij terecht aanvoert dat de voorzitter van de raad van bestuur van de verwerende partij niet mag worden aanzien als “ieder ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder ander natuurlijk of rechtspersoon belast met een openbare dienst”, dan nog is dit middelonderdeel niet ernstig om volgende redenen.

Uit de stukken blijkt dat K. Vlassak medeoprichter is van de vzw Bodemkundige Dienst van België en in ieder geval in 2006 nog lid was van de algemene vergadering. Verwerende partij noch tussenkomende partij voeren aan dat hij ten tijde van de bestreden beslissing geen lid van deze vereniging meer was.

Verzoekende partij meent dat K. Vlassak daarom een “belang” heeft in de gekozen inschrijver ook al oefent hij, zoals verzoekende partij zelf erkent, geen enkele bestuursfunctie uit binnen die vzw.

Verzoekende partij stelt in wezen enkel dat “duidelijk” is dat K. Vlassak belangen heeft in tussenkomende partij, zonder vervolgens concreet aan te tonen waarom het feit dat men de vereniging mee opgericht heeft en blijkbaar nog lid is van die vereniging, daartoe volstaat. Nochtans lijkt dergelijk aantonen vereist in het kader van artikel 10, § 1, van de wet van 24 december 1993 in tegenstelling tot het vermoed belang in de casussen bedoeld in artikel 10, §§ 2 en 3, van die wet.

Dit alleen al lijkt voldoende om het middel niet ernstig te bevinden wat betreft dit artikel 10.

19.2. Ten overvloede wijst de Raad van State erop dat de gunningsbeslissing weliswaar werd ondertekend door de voorzitter van de raad van bestuur, maar werd genomen door de raad van bestuur en dat die raad van bestuur *ne varietur* en zonder andere motivering het gemotiveerd voorstel van het nazichtsverslag, waarvan niet wordt beweerd dat K. Vlassak er de hand in heeft, heeft overgenomen.

In dat licht lijkt het niet dat de ingeroepen vrees voor partijdigheid en favoritisme objectief gerechtvaardigd is.

20. Het ingeroepen artikel 11 van de wet van 24 december 1993 lijkt slechts betrekking te hebben op verboden afspraken tussen de inschrijvers die de normale mededinging kunnen vertekenen. Er valt op het eerste gezicht niet in te zien hoe het feit dat de voorzitter van de raad van bestuur van verwerende partij oprichter en lid van de vzw Bodemkundige Dienst van België is een schending zou kunnen uitmaken van dit artikel.

21. Het ingeroepen artikel 1 van de wet van 24 december 1993 bepaalt onder meer dat de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in naam van de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 4, zoals verwerende partij, worden gegund na mededinging en op een forfaitaire grondslag, volgens de wijzen bepaald in titel II van boek I van die wet, doch onder voorbehoud van wat in paragraaf 2 van artikel 1 en in artikel 2 voorzien is. In de mate dat verzoekende partij uit dit artikel een verbod op het bevoordelen van bepaalde kandidaten afleidt toont zij dit bevoordelen niet aan.

22. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de vzw Bodemkundige Dienst van België tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt 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 175 euro.

Tussenkomen de partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 februari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.
De griffier	De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra