RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 233.014 van 24 november 2015
in de zaak A. 217.355/XII-7951

In zake: de NV EUROFINS BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bert Luyten en Karen Vermaere
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Oudeleeuwenrui 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Luk De Schrijver en Dany Cornelis
kantoor houdend te 9840 De Pinte
Pont Noord 15A
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de PROVINCIE OOST-VLAANDEREN,
PROVINCIAAL CENTRUM VOOR MILIEUONDERZOEK

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 oktober 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 5 oktober 2015 van de Universiteit Gent, […], waarbij werd besloten de overheidsopdracht ‘voor uitvoeren van staalnames van afval- en rondwater en analyses van afval-, grond- en drinkwater’ aan het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek te gunnen en tegen de impliciete beslissing van diezelfde datum om deze overheidsopdracht niet aan [de nv Eurofins Belgium] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 3 november 2015 heeft de Provincie Oost-Vlaanderen, Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 november 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Karen Vermaere, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Dany Cornelis, die verschijnt voor de verwerende partij, en jurist Christophe Wille, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor het uitvoeren van staalnames van afval- en grondwater en analyses van afval-, grond- en drinkwater, waarop bestek 2015/001 – Ugent Afdeling Milieu – Wxx-1517/0701 van toepassing is.

Deze opdracht maakt het voorwerp uit van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met toepassing van artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’.

Volgens artikel 5 van het voormeld bestek is de prijs het enige gunningscriterium.

3.2. De verwerende partij organiseert een marktraadpleging, waarin de verzoekende partij en het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek worden betrokken.

3.3. Vier van de bevraagden, onder meer de verzoekende partij en het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek, dienen een offerte in. De prijs die laatstgenoemde biedt, bevat geen btw.

3.4. Op 5 oktober 2015 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek, nu dit "de voordeligste offerte heeft ingediend voor een geraamd jaarbedrag van € 15.197,90 (inclusief 0% BTW)".

Bij de vergelijkingstabel van de prijzen wordt in deze beslissing vermeld: "De bedragen zijn inclusief btw, behalve voor het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek, dat is vrijgesteld van de btw-plicht, (zie attest in bijlage)".

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Bij aangetekend schrijven van 10 oktober 2015 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht niet aan haar werd gegund.

IV. Tussenkomst

4. De verzoekende partij tot tussenkomst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. De verwerende partij dringt ter terechtzitting niet langer aan op haar ontvankelijkheidsexceptie betreffende de tijdigheid van de vordering zodat er geen uitspraak over dient te worden gedaan.

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. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

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

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert een schending aan van artikel 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), van artikel 6 van het Wetboek van 3 juli 1969 van de belasting over de toegevoegde waarde (hierna: Wetboek btw), van het mededingingsbeginsel en van artikel 5 van het bestek,

> "Doordat verwerende partij zonder meer heeft aanvaard dat de bedragen opgenomen in de offerte ingediend door het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek vrijgesteld zijn van btw;
> Terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, op grond van artikel 107 van het KB van 15 juli 2011 en op grond van artikel 5 van het bestek de opdracht moet gunnen aan de inschrijver die de laagste offerte heeft ingediend en hierbij verplicht is de btw regelgeving te respecteren;
> En terwijl, een aanbestedende overheid op grond van het mededingingsbeginsel gehouden is de eerlijke mededinging te respecteren;
> Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en rechtsbeginselen geschonden zijn."

8. In een eerste concrete grief die op het hiervoor vermelde artikel 6 kan worden betrokken, betwist de verzoekende partij dat de gekozen inschrijver niet btw-belastingplichtig zou zijn.

Volgens haar geldt, overeenkomstig artikel 6, eerste lid, Wetboek btw, de belastingplicht niet voor handelingen die worden gesteld "als overheid". Dit begrip interpreteert het Hof van Justitie van de Europese Unie als werkzaamheden die gesteld worden in het kader van het specifiek voor het publiekrechtelijk lichaam geldende juridisch regime, met uitsluiting van werkzaamheden die zij onder dezelfde juridische voorwaarden als privéondernemingen verricht. Aangezien het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek in het kader van de opdracht werkzaamheden verricht als privaatrechtelijk lichaam en in deze hoedanigheid participeert aan openbare aanbestedingen, waaronder de opdracht uitgeschreven door de UGent, kan niet worden gesteld dat zij handelingen verricht "als overheid". Bijgevolg is het Centrum, aldus de verzoekende partij, belastingplichtig.

9. In een tweede grief die op het hiervoor vermelde artikel 6 kan worden betrokken, doet de verzoekende partij gelden dat, zelfs indien het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek niet belastingplichtig zou zijn voor btw-doeleinden aangezien het handelingen stelde “als overheid”, dan nog volgens de verzoekende partij overeenkomstig artikel 6, tweede lid, Wetboek btw moet worden nagegaan of de handelingen aanleiding geven of kunnen geven tot concurrentievervalsing. *In casu* staat het vast dat het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek een concurrent is van de verzoekende partij. Het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek heeft meegedongen voor de opdracht en slaagde er in om de opdracht binnen te halen omdat het een lagere prijs kan aanbieden. De reden hiervoor ligt meer in het bijzonder in het feit dat het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek, in tegenstelling tot de verzoekende partij, oordeelde dat het geen btw dient aan te rekenen. Indien het Provinciaal Centrum voor Milieu-onderzoek btw zou hebben aangerekend, had de verzoekende partij de goedkoopste offerte ingediend. Daarenboven heeft de minister van Financiën, in antwoord op een parlementaire vraag, zelfs expliciet gesteld dat er sprake is van concurrentievervalsing van enige betekenis in het kader van procedures voor openbare aanbesteding of inschrijving wanneer publiekrechtelijke lichamen in rechtstreekse en onbetwistbare concurrentie treden met commerciële ondernemingen.

Beoordeling

10. Artikel 6 van het Wetboek btw luidt:

> “De Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten van de Belgische Staat, de provincies, de agglomeraties, de gemeenten en de openbare instellingen worden niet als belastingplichtige aangemerkt voor de werkzaamheden of handelingen die zij als overheid verrichten, ook niet indien zij voor die werkzaamheden of handelingen rechten, heffingen, bijdragen of retributies innen.
> De hoedanigheid van belastingplichtige wordt hen evenwel toegekend voor deze werkzaamheden of handelingen voor zover een behandeling als niet-belastingplichtige tot concurrentieverstoring van enige betekenis zou leiden.
> Zij worden in elk geval als belastingplichtige voor de belasting over de toegevoegde waarde beschouwd voor de volgende werkzaamheden of handelingen, voor zover deze niet van onbeduidende omvang zijn:
> 1° de telecommunicatiediensten;

2° de levering en de voorziening van water, gas, elektriciteit en stoom;
3° het goederen- en personenvervoer;
4° de levering van goederen en het verrichten van diensten in het kader van de exploitatie van havens, bevaarbare waterlopen en vlieghavens;
5° de levering van nieuwe goederen geproduceerd voor de verkoop;
6° de handelingen van de landbouwinterventiebureaus met betrekking tot landbouwproducten, die worden verricht op grond van verordeningen houdende een gemeenschappelijke marktordening voor deze producten;
7° de exploitatie van commerciële beurzen en tentoonstellingen;
8° de exploitatie en het verlenen van rechten op de exploitatie van een parkeergelegenheid, een opslagplaats en/of een kampeerterrein;
9° de werkzaamheden inzake reclame;
10° de diensten van reisbureaus bedoeld in artikel 1, § 7;
11° de leveringen van goederen en de diensten verricht door bedrijfskantines, bedrijfswinkels, coöperaties en soortgelijke inrichtingen;
12° de leveringen van goederen en de diensten verricht door radio- en televisieomroepdiensten".

11. Bij voorafgaande beslissing nr. 800.108 van 29 april 2008 van het College van de Dienst voorafgaande beslissingen in fiscale zaken van de FOD Financiën wordt na uitvoerig onderzoek vastgesteld dat het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek overeenkomstig artikel 6, eerste lid, van het Wetboek btw niet als belastingplichtige dient te worden beschouwd voor (1) het verrichten van wetenschappelijke en technische onderzoeken in de milieusector in het kader van het eigen provinciaal beleid en in opdracht van de Vlaamse Gemeenschap; (2) de wetenschappelijke en technische ondersteuning van de gemeentelijke milieudiensten; (3) de exploitatie van een laboratorium.

Daaraan wordt toegevoegd dat "wanneer echter in de toekomst een klacht zou worden ingediend wegens concurrentieverstoring te wijten aan het btw-statuut van PCM (art. 6, 2de lid, W. BTW) zal de eventuele belastingplicht van het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek (PCM) voor de toekomst opnieuw moeten onderzocht worden".

Een voorafgaande beslissing is volgens artikel 23 van de wet van 24 december 2002 'tot wijziging van de vennootschapsregeling inzake inkomstenbelastingen en tot instelling van een systeem van voorafgaande beslissingen in fiscale zaken' geldig voor een termijn die niet langer mag zijn dan vijf jaar.

12. In de bestreden beslissing, die zelf dateert van 5 oktober 2015, wordt verwezen naar een bijlage, namelijk de voormelde voorafgaande beslissing.

13. Blijkbaar is de gekozen inschrijver, het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek, van deze voorafgaande beslissing uitgegaan om geen btw aan te rekenen op zijn offerte.

Ook de verwerende partij heeft bij het nemen van de bestreden gunningsbeslissing duidelijk dat standpunt ingenomen, door te verwijzen naar de voorafgaande beslissing en deze als bijlage toe te voegen.

14. De verzoekende partij daarentegen betwist dat de prijs in de gekozen offerte geen btw diende te bevatten.

In de eerste plaats betoogt zij dat de voorafgaande beslissing niet meer geldig was, gelet op het feit dat deze reeds van 29 april 2008 dateert.

Deze grief op zichzelf maakt het middel niet ernstig, omdat door de verwijzing in de bestreden beslissing de verwerende partij mag worden geacht de in de voorafgaande beslissing vervatte argumentatie tot de hare te hebben gemaakt.

15. Aldus is de essentie van het middel de kwestie of de verwerende partij door zich op die voorafgaande beslissing te steunen, een correcte toepassing heeft gemaakt van het hiervoor aangehaalde artikel 6 van het Wetboek btw, en met haar ook de ter zake bevoegde federale overheidsdienst Financiën in de voorafgaande beslissing. Daarbij doet het middel twee principiële vragen rijzen, namelijk of (artikel 6, lid 1) de gekozen inschrijver te dezen als overheid is opgetreden en zo ja, of (artikel 6, lid 2) zijn offerte in dat geval niet tot concurrentieverstoring van enige betekenis heeft geleid.

Het antwoord op deze twee vragen is één zaak, een daaraan voorafgaande vraag is of de verwerende partij, geen fiscaal bestuur, maar een Universiteit, bij de bestreden beslissing zich tot een eigen onderzoek van die

vraagstellingen verplicht moest weten, gelet op het voorhanden zijn van een uitgewerkte gestoffeerde visie van de federale overheidsdienst Financiën.

In wezen lijkt de beoordeling door de Raad van State van de verplichtingen van de verwerende partij afhankelijk van de aard van de argumenten die de verzoekende partij aanbrengt. Mocht de verzoekende partij immers ertoe komen meteen overtuigende argumenten in het debat te brengen waaruit zelfs *prima facie* zou moeten worden afgeleid dat de argumenten en conclusies in de voorafgaande beslissing onrechtmatig zijn, of niet van toepassing zijn op de bestreden beslissing en de in het geding zijnde opdracht, dan zou de Raad van State eventueel tot een ernstig middel kunnen besluiten, ervan uitgaande dat aldus ook de verwerende partij de btw-vraagstellingen minstens had moeten onderzoeken, nog ongeacht de vraag of zij dan had moeten beslissen in de zin zoals de verzoekende partij vraagt. De argumenten van de verzoekende partij worden hierna vanuit die optiek onderzocht.

16. Uit artikel 6, eerste lid, van het Wetboek btw volgt dat provincies niet als btw-belastingplichtigen worden aangemerkt voor de werkzaamheden of handelingen die deze als overheid verrichten.

Zoals de verzoekende partij zelf terecht opmerkt, is het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek een onderdeel van de provincie Oost-Vlaanderen.

In zoverre het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek dus optreedt als overheid, is het krachtens het meer vermelde artikel 6, eerste lid, geen btw-belastingplichtige.

Het argument dat de verzoekende partij aanbrengt om te bewijzen dat het te dezen niet als overheid optreedt luidt: “Aangezien het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek in het kader van de Opdracht werkzaamheden verricht als privaatrechtelijk lichaam en in deze hoedanigheid participeert aan openbare aanbestedingen, waaronder de Opdracht uitgeschreven door de UGent, kan niet worden gesteld dat zij handelingen verricht ‘als overheid’”.

Het lijkt erop dat de verzoekende partij ervan uitgaat dat indien een overheid zoals de provincie deelneemt aan overheidsopdrachten, deze haar karakter van overheid verliest vanuit de betrokken btw-regelgeving. Deze stelling wordt echter niet dermate uitgewerkt dat zij zich als een evidentie aandient. Het is niet aan de Raad van State om die stelling te onderzoeken en eventueel te ondersteunen in de plaats van de verzoekende partij, laat staan in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Zulks is des te meer het geval, gelet op het erg principieel karakter van die stelling en haar zwaarwichtige gevolgen, en de daartoe nodige interpretaties van Europeesrechtelijke normen en rechtspraak, waar de verzoekende partij summier melding van maakt. Die interpretaties zijn wel vereist om eventueel die stelling te kunnen bijvallen.

In de voorafgaande beslissing wordt er alvast, en zulks in de andere zin, op gewezen dat het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek enkel voor overheidsinstellingen werkt, behalve inzake putanalyses voor particulieren en een “zeer gering” aantal analyses waarvoor geen enkel ander (privaat) laboratorium erkend is.

Omdat aldus niet is aangetoond dat te dezen het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek niet als overheid optrad, wordt de besproken grief van de verzoekende partij niet als ernstig beschouwd.

17. Uit artikel 6, tweede lid, van het Wetboek btw volgt dat overheden zoals de provincies, bedoeld in artikel 6, eerste lid, wel de hoedanigheid van btw-belastingplichtige wordt toegekend in zoverre een behandeling als niet-belastingplichtige tot concurrentieverstoring van enige betekenis zou leiden.

De verzoekende partij betoogt dat in flagrante gevallen van concurrentieverstoring de verwerende partij zelf dit “moet opwerpen (bladzijde 10 van haar verzoekschrift) of “kan” opwerpen (bladzijde 12 van haar verzoekschrift).

Het College van de Dienst voorafgaande beslissingen in fiscale zaken van de FOD Financiën heeft in de voormelde voorafgaande beslissing geoordeeld, in vrij algemene bewoordingen, dat voldoende is aangetoond dat het btw-statuut van het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek “op zichzelf niet

als concurrentieverstorend kan worden beschouwd gelet op het prijsbeleid van het [Centrum] sterk gereduceerde prijzen toe te passen".

Of deze aanname in rechte steek houdt of niet, de verzoekende partij toont in elk geval niet aan dat er heden andere omstandigheden voorhanden zijn dan ten tijde van die beslissing. Daardoor kan op het eerste gezicht niet worden aangenomen dat er ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing sprake was van een flagrant geval van concurrentieverstoring, dat zelfs door de verwerende partij zelf had moeten worden opgeworpen.

De verzoekende partij verduidelijkt in elk geval niet waarom de hier in het geding zijnde offerte niet zou vallen onder de activiteiten waarvoor volgens de voorafgaande beslissing het Provinciaal Centrum voor Milieu-onderzoek niet btw-belastingplichtig zou zijn.

Overeenkomstig artikel 5 van het bestek kwam het bijgevolg toe aan de verwerende partij om te gunnen op grond van het enige gunningscriterium, te weten de prijs, zonder dat is aangetoond dat zij de verplichting zou hebben gehad te onderzoeken of en te oordelen dat er te dezen sprake was van concurrentie-verstoring door de toepassing van artikel 6, tweede lid, van het Wetboek btw. Ook de tweede grief kan aldus niet tot een ernstig middel doen besluiten.

18. Het middel is dan ook niet in zijn geheel niet ernstig.

VIII. Besluit

19. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

IX. Kosten

20. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling

bestuursrechtspraak van de Raad van State', de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

21. Zoals bepaald in artikel 30/1,§2, vierde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, kan aan de tussenkomende partij, die een dergelijke vergoeding vraagt, geen rechtsplegingsvergoeding worden toegekend.

BESLISSING

1. Het verzoek van de provincie Oost-Vlaanderen, Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek tot tussenkomst 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 een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 november 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door
Frank Bontinck, griffier.

De griffier **De voorzitter**

Frank Bontinck **Dierk Verbiest**