RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 233.612 van 26 januari 2016
in de zaak A. 218.017/XII-8065

In zake: 1. de BVBA MIECO-EFFECT
2. de CVBA WIM GOVAERTS & CO
3. NATUURBOERDERIJ HET BOLHUIS KURT SANNEN
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
LAND-GEWIN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Michelle Decruy
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 januari 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

> "● De gunningsbeslissing d.d. 30 september 2015 uitgaande van [het Vlaamse Gewest] waarbij de aannemingsopdracht wordt toegewezen aan de [thv] EV ILVO en ABC Eco² vzw voor een bedrag van 85.948,28 euro, inclusief btw […].
> ● De impliciete beslissing d.d. 30 september 2015 uitgaande van [het Vlaamse Gewest] waarbij de offerte van [de bvba Mieco-Effect, de cvba Wim Govaerts & co en Kurt Sannen, samen vormend de thv Land-Gewin] niet gekozen werd en de opdracht aldus niet aan [hen] werd gegund".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 januari 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Stephanie Taelemans en Andrej Kurliuk, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. Het Vlaamse Gewest, agentschap Natuur en Bos, schrijft een overheidsopdracht uit voor het leveren van diensten bestaande uit het "[o]pstellen van economische modellen voor samenwerking met landbouwers in natuurreservaten". De opdracht wordt gegund middels een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking en wordt bekendgemaakt in het bulletin der Aanbestedingen van 1 juli 2015.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. ANB/ESD/15-01. De gunningscriteria van de opdracht worden als volgt omschreven:

> " I.10 Gunningscriteria
> Volgende criteria zijn van toepassing bij de gunning van de opdracht:

Nr.	beschrijving	Gewicht
	De geboden inschrijvingsprijs	**40**
1	Prijs	40
	Regel van drie; score offerte = (prijs laagste offerte/prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs	
	Kwaliteit van de offerte	60
2	Plan van aanpak	40
	Dit plan van aanpak omvat de inhoudelijke invulling en de te gebruiken methodes voor het uitvoeren van de opdracht, maar ook de wijze waarop met de betrokkenen in de gevalstudies zal worden omgegaan.	
3	De kwaliteit van het team dat de opdracht zal uitvoeren	20
	De kennis en ervaring wordt beoordeeld aan de hand van het CV en de lijst van de voornaamste diensten uitgevoerd door de individuele teamleden tijdens de laatste drie jaar	
	Totaal gewicht gunningscriteria	100

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de inschrijver die de economisch voordeligste offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend."

3.3. De openingszitting vindt plaats op 14 augustus 2015. Er worden 7 offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en van de gekozen inschrijver. Op grond van een eerste vergelijking van de offertes, wordt beslist om met vier inschrijvers verder te onderhandelen, waaronder de verzoekende partij en de gekozen inschrijver. Aan deze vier inschrijvers wordt gevraagd om een nieuwe en "finale" offerte in te dienen.

3.4. Op 30 september 2015 wordt een gunningsverslag opgesteld. In het gunningsverslag wordt de beoordeling weergegeven van de eerste offertes en vervolgens de beoordeling van de finaal ingediende offertes. Met betrekking tot de beoordeling van de gunningscriteria, wordt onder meer het volgende vermeld:

"Quotering

inschrijver	Criterium 2 'plan van aanpak'	Criterium 3 'kwaliteit van het team'	Totale score
Antea Belgium nv	28	17	45
EV ILVO en ABC Eco² vzw	35	16	51
Land-Gewin	37	19	56
Tractebel Engineering nv	30	16	46

3.8.2. De financiële waarde van de conforme offertes

inschrijver	Criterium 1 'prijs'	score
Antea Belgium nv	103761,00	32
EV ILVO en ABC Eco² vzw	85948,28	38
Land-Gewin	102800,39	32
Tractebel Engineering nv	82304,20	40

EV ILVO is gerechtigd om geen btw aan te rekenen op diensten [die] zij aanbiedt omdat zij op btw-vlak een 'forfaitaire landbouwregeling' [heeft]. Artikel 24 van de wet overheidsopdrachten geeft aan dat bij het bepalen van de laagste prijs, er rekening moet worden gehouden met de aangeboden prijzen, én 'met andere berekenbare gegevens die met zekerheid haar uitgaven zullen verhogen', waaronder onder meer de BTW wordt gerekend.

3.8.3. Conclusie

inschrijver	Criterium 1 'prijs'	Criterium 2 'plan van aanpak'	Criterium 3 'kwaliteit van het team'	Totale score
Antea Belgium nv	32	28	17	76
EV ILVO en ABC Eco² vzw	38	35	16	89
Land-Gewin	32	37	19	88
Tractebel Engineering nv	40	30	16	86

4. Rangschikking

inschrijver	Criterium 1 'prijs'	score
EV ILVO en ABC Eco² vzw	85948,28	89
Land-Gewin	102800,39	88
Tractebel Engineering nv	82304,20	86
Antea Belgium nv	103761,00	76

5. Voorstel van beslissing
Het voorstel van beslissing is om de opdracht 'opstellen van economische modellen voor samenwerking met landbouwers in natuurreservaten' met referentie .. toe te wijzen aan de tijdelijke vereniging EV ILVO en ABC Eco² vzw."

3.5. Vervolgens gunt het Vlaamse Gewest de opdracht aan de thv EV ILVO en ABC Eco² vzw. Het gunningsverslag maakt luidens de beslissing integraal deel uit van de gunningsbeslissing.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 1 en 7 van de wet van 15 juni 2006 'betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten', van de artikelen 6 en 57 van het wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde (hierna: wetboek btw), van artikel 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren', van het rechtsbeginsel *patere legem*

quam ipse fecisti, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het gelijkheidsbeginsel, van de materiëlemotiveringsplicht en van het bijzonder bestek.

De verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij op grond van het gunningsverslag de overheidsopdracht heeft gegund aan de thv EV ILVO-ABC Eco² vzw waarbij zij er bij de beoordeling van het gunningscriterium 'prijs' ten onrechte zou zijn van uitgegaan dat het EV (= eigen vermogen) ILVO gerechtigd is geen btw aan te rekenen. De aanbestedende overheid overwoog immers, zo stelt de verzoekende partij, dat het EV ILVO gerechtigd is geen btw aan te rekenen op diensten die het aanbiedt omdat het op btw-vlak een 'forfaitaire landbouwregeling' heeft. De verzoekende partij is echter van oordeel dat de forfaitaire landbouwregeling waarnaar wordt verwezen niet van toepassing kan zijn op de opdracht zoals omschreven. Immers, artikel 57 van het wetboek btw beperkt de bijzondere regeling voor landbouwondernemingen tot het leveren van landbouwproducten of landbouwdiensten wat hier volgens de verzoekende partij niet het geval is, standpunt dat zij nader onderbouwt. Ten slotte wijst de verzoekende partij er ook nog op dat het EV ILVO zich te dezen ook niet zou kunnen beroepen op het bijzonder btw-statuut voor overheden bepaald in artikel 6, eerste lid, van het wetboek btw aangezien dit uitgesloten is wanneer er sprake is van concurrentieverstoring van enige betekenis. Bovendien wordt volgens de verzoekende partij door de verwijzing in de bestreden beslissing naar de forfaitaire landbouwregeling van artikel 57 van het wetboek btw bevestigd dat artikel 6 van dit wetboek niet van toepassing is. Een verwijzing naar artikel 57 van het voormelde wetboek is immers enkel zinvol bij een kwalificatie als btw-belastingsplichtige en niet bij een kwalificatie als niet-belastingplichtige.

Bijgevolg, zo concludeert de verzoekende partij, heeft de thv EV ILVO-ABC Eco² vzw ten onrechte geen btw aangerekend bij haar inschrijvingsbedrag en schendt de aanbestedende overheid dan ook de ingeroepen rechtsregels en beginselen. Indien voor de thv EV ILVO-ABC Eco² vzw rekening zou zijn gehouden met het bedrag van de btw dan zou deze inschrijver voor het gunningscriterium 'prijs' slechts een score halen van 32 in plaats van 38 en zou deze inschrijver in totaal slechts een score behalen van 83 in plaats van 89, waardoor zij niet meer als eerste gerangschikt zou worden maar wel de verzoekende partij met een score van 88 punten.

6. De verwerende partij betoogt dat de prijsvergelijking voor alle offertes inclusief btw is gebeurd. Het inschrijvingsbedrag voor de gekozen inschrijver is 83.115,00 euro, zonder btw, terwijl voor de prijsbeoordeling een bedrag van 85.948,28 euro werd in aanmerking genomen, dit is het eerste bedrag verhoogd met de verschuldigde btw. In de offerte van de gekozen inschrijver wordt vermeld dat het EV ILVO niet btw-plichtig is en dat de vzw ABC Eco² weliswaar btw-plichtig is doch aan een verlaagd tarief. In de offerte van de gekozen inschrijver wordt volgens de verwerende partij voorts duidelijk aangegeven hoe de prijs verdeeld is over de twee deelgenoten. De berekening van de verzoekende partij om "zomaar" de geboden prijs van de gekozen inschrijver met 21% te verhogen is dan ook manifest onjuist.

Ondergeschikt merkt de verwerende partij op dat de stelling van de verzoekende partij dat het EV ILVO 21% btw op zijn prestaties moet aanrekenen op grond van artikel 57 wetboek btw onjuist is. Het EV ILVO is niet btw-plichtig op grond van artikel 6, eerste lid, wetboek btw omdat het hier als overheid werkzaamheden of handelingen als overheid verricht. Evenmin is er volgens de verwerende partij sprake van concurrentieverstoring zoals bedoeld in artikel 6, tweede lid, wetboek btw; hierbij verwijst zij naar de circulaire AAFisc Nr. 42/2015 (nr. E.T.125.567) van 10 december 2015 van de FOD Financiën waaruit volgens haar blijkt dat er hier geen geval van dergelijke verstoring is. Voorts merkt zij op dat de gekozen inschrijver niet de laagste prijs heeft geboden en dat het prijscriterium slechts veertig van de zestig punten bedraagt; bij de beoordeling van de initiële offertes werd er volgens de verwerende partij zelfs geen rekening gehouden met de prijs om de inschrijvers die zouden worden toegelaten tot de onderhandelingen, aan te wijzen.

Ten slotte betoogt de verwerende partij dat, mocht er al sprake zijn van concurrentieverstoring, het niet aan haar toekomt om de al dan niet toepasselijkheid van de btw te bepalen; dit is een exclusieve bevoegdheid van de FOD Financiën.

Beoordeling

7. In het gunningsverslag wordt met betrekking tot de beoordeling van het prijscriterium voor de "beste en finale offertes" het volgende weergegeven:

> "3.8.2. De financiële waarde van de conforme offertes
>
> | inschrijver | Criterium 1 'prijs' | score |
> |---|---|---|
> | Antea Belgium nv | 103761,00 | 32 |
> | EV ILVO en ABC Eco² vzw | 85948,28 | 38 |
> | Land-Gewin | 102800,39 | 32 |
> | Tractebel Engineering nv | 82304,20 | 40 |
>
> EV ILVO is gerechtigd om geen BTW aan te rekenen op diensten [die] zij aanbiedt omdat zij op BTW-vlak een 'forfaitaire landbouwregeling' [heeft]. Artikel 24 van de wet overheidsopdrachten geeft aan dat bij het bepalen van de laagste prijs, er rekening moet worden gehouden met de aangeboden prijzen, én 'met andere berekenbare gegevens die met zekerheid haar uitgaven zullen verhogen', waaronder onder meer de BTW wordt gerekend."

8. De gekozen inschrijver is een tijdelijke handelsvennootschap, bestaande uit enerzijds, het EV ILVO, dit is het 'Eigen Vermogen Instituut voor Landbouw- en Visserijonderzoek' dat werd opgericht bij artikel 35 van het decreet van 23 december 2005 'houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2006' en waaraan rechtspersoonlijkheid werd toegekend, en, anderzijds, de vzw ABC Eco².

Uit de offerte van de gekozen inschrijver, die als vertrouwelijk stuk werd neergelegd in het administratief dossier, blijkt dat de prestaties die door elk van de deelgenoten zullen worden geleverd, afzonderlijk in het inventarisformulier werden opgenomen. Voor de prestaties die worden geleverd door het EV ILVO en het grootste pakket van de opdracht uitmaken, wordt geen btw aangerekend en wordt in de eerste offerte en de BAFO gesteld: "ILVO is niet btw-plichtig". Voor de prestaties die worden geleverd door de vzw ABC Eco² wordt aangegeven dat deze btw-plichtig is met gemengd statuut en wordt wel btw aangerekend, zij het aan een licht verlaagd tarief ten overstaan van het tarief van 21%.

9. Weliswaar blijkt aldus uit de offerte van de gekozen inschrijver dat er in zekere mate btw werd aangerekend, hetgeen de verzoekende partij betwistte, doch de verzoekende partij betwist ook het motief, in de bestreden beslissing en het gunningsverslag uitdrukkelijk vermeld, dat het EV ILVO gerechtigd was geen btw aan te rekenen.

Wat dit motief betreft, namelijk dat het EV ILVO gerechtigd is om geen btw aan te rekenen omdat het een forfaitaire landbouwregeling zou genieten, is er, zo lijkt, in het administratief dossier geen enkel stuk terug te vinden waaruit zou blijken dat het EV ILVO op btw-vlak dergelijke "forfaitaire landbouwregeling" geniet.

De verwerende partij geeft in haar nota ook aan dat het EV ILVO geen beroep doet op de "forfaitaire landbouwregeling", maar dat het niet onderworpen is aan de btw-plicht op grond van artikel 6, eerste lid, van het wetboek btw, namelijk vrijstelling genieten van de btw-plicht als overheid die werkzaamheden of handelingen verricht als overheid.

Deze motivering werd echter geenszins opgenomen in de bestreden beslissing, nu daar blijkbaar in tegenstelling daarmee werd gesteld dat het EV ILVO een forfaitaire landbouwregeling heeft.

De bestreden beslissing schendt bijgevolg op het eerste gezicht de materiëlemotiveringsplicht nu ze niet gesteund is op een in feite correct motief.

10. In de mate dat de verwerende partij in haar nota het motief voor het niet aanmerking nemen van btw op een gedeelte van de inschrijvingsprijs van de thv EV ILVO –ABC Eco² vzw, namelijk op het gedeelte van de prestaties die worden geleverd door het EV ILVO, substitueert door het motief dat deze inschrijver een beroep zou doen op artikel 6 van het wetboek btw, moet worden opgemerkt dat er op het eerste gezicht geen steun kan gevonden worden voor dit vervangend motief in de stukken waarop de Raad vermag acht te slaan.

Uit geen enkel stuk uit het administratief dossier blijkt dat de aanbestedende overheid ook maar zou hebben kunnen afleiden of zorgvuldig zou hebben onderzocht op welke grond het EV ILVO op de diensten die door haar worden geleverd, geen btw vermocht aan te rekenen. Nochtans lijkt op het eerste gezicht, de verwerende partij toont in elk geval onvoldoende het tegendeel aan, een aanbestedende overheid bij een prijsonderzoek van de offertes, element van een zorgvuldige vergelijking van het gunningscriterium 'prijs', dit aspect niet zonder meer uit het oog te mogen verliezen.

Het middel is in die mate ernstig.

VI. Besluit

11. Het eerste middel is ernstig gebleken. Het verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de eerste bestreden beslissing. Gelet op de draagwijdte van het ernstig bevinden van dit middel wordt enkel de eerste bestreden beslissing in haar tenuitvoerlegging geschorst. De kosten worden in beraad gehouden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van ongekende datum van het Vlaamse Gewest waarbij de aannemingsopdracht wordt gegund aan de tijdelijke handelsvennootschap EV ILVO en ABC Eco² vzw voor een bedrag van 85.948,28 euro, btw inbegrepen.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 januari 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Pierre Barra**