RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 218.887 van 12 april 2012
in de zaak A. 204.130/XII-6894

In zake: de BVBA VL-TRAC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bruno Van Dorpe en Bart De Becker
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Loofstraat 39
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

EIGEN VERMOGEN VAN HET INSTITUUT VOOR LANDBOUW- EN VISSERIJONDERZOEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV ALTEZ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Menten en Christophe Bodvin
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 maart 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de niet gedateerde beslissing door het Eigen Vermogen van het Instituut voor Landbouw- en Visserijonderzoek – Wetenschappelijke instelling – Landbouw en

Visserij […] waarbij wordt besloten: De opdracht Bouwen van een proefstal voor Melkvee + aanleggen bijkomende verharding wordt gegund aan Altez nv".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 2 april 2012 heeft de nv Altez gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 april 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bruno Van Dorpe, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Samuel Mens, die loco advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Christophe Bodvin, die verschijnt voor de tussenkomende 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. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit onder de vorm van een openbare aanbesteding voor het "bouwen van een proefstal voor melkvee + aanleggen van bijkomende erfverharding". Het op de opdracht van

toepassing zijnde bestek vereist een erkenning als aannemer van werken in de klasse 5, categorie D.

Er worden vier offertes ingediend:

1. bvba VL-Trac	1.888.852,56 euro,
2. nv Altez	1.904.670,87 euro,
3. nv Willy Naessens Industriebouw	2.065.799,00 euro,
4. nv Lafaut	2.129.982,74 euro.

In een bij haar offerte gevoegd schrijven van 19 januari 2012 signaleert verzoekende partij wat volgt:

> "Gelieve te noteren dat onze onderneming thans niet erkend is in de klasse 5, ondercategorie D1, wat ontoereikend is ter gunning van beoogde inschrijving.
> Op basis van Art. 3 § 1.2° en Art. 6 van de Wet van 20 maart 1991, en van Art. 6 § 1 en Art. 8 van het K.B. van 26 september 1991, verzoeken wij U dan ook bijgevoegde stukken over te maken aan de Commissie voor Erkenning van Aannemers, dienstig ter onderzoek gelijkwaardig, zo al niet als aanvraag tot erkenning.
> De beoogde gelijkwaardigheid en/of erkenning betreft de klasse 5, ondercategorie D1.
> Ongeveer gelijktijdig wordt reeds een dossier tot aanvraag bevordering bij de Commissie ingediend."

Op 3 februari 2012 stuurt verzoekende partij een e-mail aan verwerende partij, waarin zij onder andere schrijft:

> "Bij nazicht hebben we ontdekt dat er een materiële fout geslopen is in onze begeleidende brief ivm onze erkenningsaanvraag.
> Daar werd immers gemeld dat we een erkenning cat D1 klasse 5 aanvragen, maar dit moet dus wel degelijk een cat D klasse 5 zijn."

Het gunningsverslag van 20 februari 2012 vermeldt inzake de kwalitatieve selectie van verzoekende partij:

> "VL Trac bvba bezit op heden niet de vereiste erkenning en heeft een aanvraag tot erkenning mee ingesloten in de offerte. Echter de vraag betreft een erkenning tot klasse 5, ondercategorie D1, wat niet overeenstemt met de minimaal vereiste erkenning door de aanbestedende overheid.
> Gezien de huidige stal niet meer voldoet aan de minimumnormen voor de huisvesting van proefdieren is het bestuur genoodzaakt om zo snel als mogelijk te beschikken over een nieuwe infrastructuur voor de proefdieren.
> De offerte van VL Trac dient derhalve te worden geweerd voor verder onderzoek."

Finaal beslist verwerende partij de opdracht aan de nv Altez te gunnen voor een bedrag van 1.901.584,60 euro, onder verwijzing naar de motivering van het gunningsverslag dat als bijlage bij de beslissing wordt gevoegd en er integraal deel van uitmaakt. Met een aangetekende brief van 14 maart 2012 laat verwerende partij aan verzoekende partij weten dat haar offerte onregelmatig werd bevonden en dienvolgens geweerd.

IV. Tussenkomst

4. De verzoekende partij in tussenkomst is de begunstigde van de bestreden beslissing en heeft er dan ook belang bij in de procedure tussen te komen. Haar verzoek daartoe wordt ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. 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.

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 beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

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

Uit een en ander volgt dat in verband met de toewijzing van de vordering nog alleen moet worden onderzocht of er al dan niet een ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

6. In een enig middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 3, § 1, 2°, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, de materiële en formele motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Genoemd artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 bepaalt:

> "Art. 3. § 1. Opdrachten voor aanneming van werken als bedoeld in artikel 2, waarvan de omvang een bij koninklijk besluit vastgesteld bedrag

overschrijdt, mogen slechts worden gegund aan aannemers, zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke personen, die op het ogenblik van de gunning:
1° hetzij hiervoor erkend zijn;
2° hetzij de bewijzen hebben geleverd dat zij voldoen aan de voorwaarden gesteld door of krachtens deze wet."

Verzoekende partij licht toe dat verwerende partij niet de beslissing van de bevoegde gewestminister omtrent haar erkenning heeft afgewacht en evenmin heeft onderzocht, noch heeft geoordeeld of verzoekende partij ten tijde van het nemen van de gunningsbeslissing op 14 maart 2012 de bewijzen leverde dat zij voldoet aan de voorwaarden gesteld door de wet van 20 maart 1991. Daarnaast, aldus nog verzoekende partij, heeft verwerende partij in haar motivering geen rekening gehouden met de rechtzetting, bij e-mail van 3 februari 2012, van de materiële vergissing inzake de vermelding "categorie D1" in plaats van "categorie D".

7. Verwerende partij werpt tegen dat verzoekende partij op het ogenblik van de gunning en het openen van de offertes niet het bewijs had geleverd te voldoen aan de voorwaarden voor erkenning, zoals vereist door het aangevoerde artikel 3, § 1, 2°, van de wet van 20 maart 1991. Verzoekende partij had zonder meer een verkeerde categorie vermeld. Zij kan niet verwachten dat het bestuur wacht.

In dit verband benadrukt verwerende partij het belang van de hoogdringendheid, zoals ter sprake gebracht in het gunningsverslag en bijgevallen in de gunningsbeslissing: de gunning moest snel gebeuren aangezien de werken snel moesten verlopen omdat de minimumnormen voor de huisvesting van proefdieren niet meer werden gehaald. De tijd ontbrak dan ook om te wachten op een aannemer die niet over een erkenning beschikt en bovendien aangeeft een erkenning te vragen voor een niet afdoende categorie. Er mag van een bestuur niet gevraagd wordt dat het dringende werken niet uitvoert "omdat een aannemer klaarblijkelijk struikelend het nodige poogt te doen om de nodige erkenning te bekomen".

Volgens verwerende partij doet het dossier er van blijken dat zij juist met grote zorgvuldigheid is tewerk gegaan in dit dossier. Op 22 februari 2012 heeft zij nog navraag gedaan naar de erkenningstoestand van verzoekende partij. Hieruit bleek dat er zelfs niet eens een advies bestond.

8. Tussenkomende partij, van haar kant, benadrukt hoofdzakelijk dat verzoekende partij aangaf een erkenning klasse 5 in de ondercategorie D1 te willen verkrijgen en niet de door het bestek vereiste klasse 5, categorie D. In de mate dat dit verschil voor de beoordeling van de ingediende offerte van kapitaal belang is, is deze vergissing niet louter materieel doch substantieel, aldus tussenkomende partij. De e-mail van verzoekende partij van 3 februari 2012 dient dan ook te worden beschouwd als een wijziging van de offerte van verzoekende partij, die invloed heeft op de regelmatigheid ervan. Verzoekende partij toont niet aan dat de e-mail waarbij zij haar offerte wijzigt, voldeed aan de voorwaarden gesteld door artikel 81*ter* en 105 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, die onder meer een aangetekende zending vereisen. De wijziging van de offerte mocht dan ook niet worden aanvaard door verwerende partij.

Overigens bewijst, naar het oordeel van tussenkomende partij, verzoekende partij niet dat zij op het ogenblik van de gunning over de nodige erkenning beschikte en is het middel onontvankelijk wegens onduidelijkheid in zoverre het de schending van de materiële- en formele-motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel aanvoert.

Beoordeling

9. Tenminste in de huidige stand van de procedure begrijpt de Raad van State de redengeving voor het weren van de offerte van verzoekende partij aldus dat, gelet op het feit dat de huidige stal niet meer voldeed aan de minimumnormen voor de huisvesting van proefdieren, verder uitstel van een

beslissing geen optie was nu verzoekende partij niet over de vereiste erkenning beschikte én de aanvraag tot erkenning die bij haar offerte was gevoegd niet op "de minimaal vereiste erkenning" betrekking had.

10. Nochtans was, wat dit laatste betreft, verwerende partij er al met een e-mail van 3 februari 2012 van verwittigd geworden dat de voormelde "aanvraag tot erkenning" een materiële fout bevatte en dat "cat D1 klasse 5" moest worden gelezen als "cat D klasse 5" - zodat de aanvraag dus wél op de vereiste vergunning betrekking had. Verwerende partij heeft van die rectificatie op het eerste gezicht ook goed nota genomen, zoals lijkt te mogen worden opgemaakt uit de navraag van 22 februari 2012 die zij zelf in haar nota te sprake brengt en waarin zij ernaar informeert "of de firma VL-Trac […] op vandaag de erkenning klasse 5 categorie D voorhanden heeft" (stuk 14 van het administratief dossier).

11. Niet wordt bijgevallen dat de correctie, zoals tussenkomende partij meent, wezenlijk als een niet-reglementaire wijziging van de offerte te beschouwen zou zijn. Gelet op de context en vermeldingen van de 19 januari 2012 gedateerde "aanvraag tot erkenning" wordt vooralsnog aangenomen dat ze er van meet af aan toe strekte het bewijs bij te brengen van -zoals naast "Betreft" aangegeven- de voor het werk "Vereiste erkenning".

Ten andere heeft verwerende partij de offerte van verzoekende partij niet verworpen omdat de rechtzetting van 3 februari 2012 een onregelmatige wijziging betreft.

12. Integendeel heeft verwerende partij de rechtzetting zonder meer veronachtzaamd. Zo doende heeft zij het motief voor de verwerping van de offerte van verzoekende partij in het kader van de kwalitatieve selectie niet met de vereiste zorgvuldigheid vastgesteld. Het tast de bestreden beslissing aan.

Het middel, dat overigens niets aan duidelijkheid te wensen overlaat, is alvast in de besproken mate ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Altez tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het Eigen Vermogen van het Instituut voor Landbouw- en Visserijonderzoek om de opdracht voor het "bouwen van een proefstal voor melkvee + aanleggen van bijkomende erfverharding" te gunnen aan de nv Altez.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 april 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Johan Lust**