

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 241.101 van 23 maart 2018
in de zaak A. 224.636/XII-8513**

In zake: 1. de NV ELECTRO TECHNIQUE ET MECANIQUE
PUTMAN FRERES
2. de BVBA STAPOTECH
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christian Lepaffe
kantoor houdend te 1180 Brussel
Floridalaan 26
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBERIJF STAD DEINZE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9300 Aalst
Désiré De Wolfstraat 18

Tussenkomende partij:

de BV DUTCH THEATRE SYSTEMS & SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bruno De Winter
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Amelia Earhartlaan 17
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 februari 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van [het Autonoom Gemeentebedrijf Stad Deinze] van 8 februari 2018 [houdende de gunning van een overheidsopdracht [...]] ‘Bouwen van een

cultuurcentrum ‘Leietheater’ – perceel 5 (theatertechnieken) – hijsinstallatie’ [aan de bv Dutch Theatre Systems & Services (DTS2)].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 maart 2018 heeft de bv Dutch Theatre Systems & Services gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 maart 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Severine Vincke en Devrim Cagro, die *loco* advocaat Christian Lesaffer verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaat Wim Rasschaert, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Sophie Carbonez, die *loco* advocaat Bruno De Winter verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 werken betreffende een “perceel 5 - hijsinstallatie” in het kader van een ruimer project voor het bouwen van een nieuw cultureel centrum “Leietheater”. Het

betreft een openbare procedure met één gunningscriterium, de prijs. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 971.500,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 27 oktober 2017 en in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie op 31 oktober 2017.

In de aankondiging van de opdracht wordt een erkenning “K (Mechanische uitrustingen), Klasse 4” vereist.

3.3. Op 20 december 2017 worden de inschrijvingen geopend. Er blijken drie offertes te zijn ingediend met de volgende prijzen, btw niet inbegrepen:

- bv Dutch Theatre Systems & Services 719.904,00 euro
- thv Putman – Stapotech 952.917,00 euro
- bv Trekwerk 999.887,00 euro.

3.4. Op 4 februari 2018 wordt een gunningsverslag opgesteld. Wat de bv Dutch Theatre Systems & Services betreft, wordt het volgende opgemerkt bij het nazicht van de uitsluitingsgronden en de selectie:

“Technische bekwaamheid
> Een bewijs van erkenning in categorie K, klasse 4

De inschrijver - 3. Dutch Theatre Systems & Services (DTS2) - kan een verklaring voorleggen waaruit blijkt dat deze buitenlandse inschrijver onder de Europese wetgeving niet verplicht is tot het hebben van een erkenning in categorie K klasse 4, op de lijst van erkende aannemers.”

Vervolgens wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bv Dutch Theatre Systems & Services voor 719.904,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.5. Op 8 februari 2018 beslist de verwerende partij om het gunningsverslag goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de bv Dutch Theatre Systems & Services voor 928.654,00 euro, btw niet inbegrepen “(inclusief optie 10 extra decortrekken)”.

3.6. Met een e-mailbericht en een aangetekende brief van 12 februari 2018 worden de verzoekende partijen op de hoogte gebracht dat de opdracht niet aan hen wordt gegund. Bij dit e-mailbericht zijn de gunningsbeslissing en het gunningsverslag gevoegd.

IV. Tussenkost

De bv Dutch Theatre Systems & Services blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid

5.1. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering als dusdanig niet, maar werpt excepties op bij het enig middel, die hierna zullen worden besproken.

5.2.1. De tussenkostende partij betwist de ontvankelijkheid *ratione temporis* van de vordering en betoogt dat het inleidend verzoekschrift laattijdig is. Zij wijst daarbij in de eerste plaats op de datumstempel op het verzoekschrift aangebracht door de griffie van de Raad van State, die 28 februari 2018 vermeldt. De beroepstermijn verstreek volgens haar echter op 27 februari 2018, zo benadrukt zij. Nu de verzoekende partijen de beroepstermijn van 15 dagen hebben miskend is de vordering niet ontvankelijk. Voorts betoogt de tussenkostende partij dat aldus ook aan het vereiste van een uiterst dringende noodzakelijkheid niet is voldaan.

5.2.2. Deze exceptie mist reeds op het eerste gezicht feitelijke grondslag. Het verzoekschrift blijkt immers ter post aangetekend verzonden op 27 februari 2018, zodat de vordering wel degelijk binnen de voorgeschreven beroepstermijn werd ingesteld. De exceptie dient dan ook te worden verworpen.

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 en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing 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.

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 beslissing kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enig middel

Standpunten van de partijen

7.1. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in het enig middel de schending aan van “artikelen 66 en 71 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten; schending van artikel 70 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren; schending van artikel 3 juncto artikel 6 van de Wet van 20 maart 1991 houdende de regeling van de erkenning van aannemers van werken; schending van de materiële motiveringsplicht; schending van het gelijkheids-, niet-discriminatie-,

transparantie- en proportionaliteitsbeginsel vervat in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten; schending van het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’; schending van het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partijen wijzen erop dat uit het gunningsverslag blijkt dat de gekozen inschrijver tekortschiet wat de vereisten inzake erkenning betreft, zodat deze niet voldoet aan het kwalitatieve selectie criterium inzake de technische en beroepsbekwaamheid. De Commissie voor de Erkenning der Aannemers heeft met een e-mailbericht van 21 februari 2018 uitdrukkelijk bevestigd dat de gekozen inschrijver niet erkend is.

Het blijkt niet uit de bestreden beslissing dat de gekozen inschrijver overeenkomstig artikel 70 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) ofwel in zijn offerte vermeldt dat hij in het bezit is van een certificaat of ingeschreven is op een officiële lijst van erkende aannemers in een andere lidstaat van de Europese Unie, ofwel de toepassing inroept van artikel 3, eerste lid, 2°, van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ (hierna: wet van 20 maart 1991). Integendeel blijkt uit het gunningsverslag dat de gekozen inschrijver er van uitgaat dat hij op grond van “Europese wetgeving” niet gehouden is om te voldoen aan de voorwaarden inzake erkenning. De verwerende partij heeft de verklaring van de gekozen inschrijver ten onrechte aanvaard en hem ten onrechte geselecteerd.

Het vereiste inzake erkenning is volgens de verzoekende partijen “perfect geoorloofd naar Europees recht”. De Belgische regelgeving voorziet in artikel 70 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 uitdrukkelijk in de mogelijkheid voor buitenlandse inschrijvers om zich te beroepen op een erkenning in een andere lidstaat of om de toepassing in te roepen van artikel 3, eerste lid, 2°, van de wet van 20 maart 1991 en zo het bewijs te leveren dat zij aan de wettelijke voorwaarden voldoen.

Vervolgens doen de verzoekende partijen nog gelden:

“Aldus schendt de bestreden beslissing benevens de voormelde, in het enig middel geviseerde wettelijke en reglementaire bepalingen, ook het gelijkheids- en transparantiebeginsel, in de mate de gekozen inschrijver bevoordeeld werd ten opzichte van verzoekende partij, nu deze niet moet voldoen aan de vereiste inzake de erkenning van aannemers.

De bestreden beslissing schendt ook het rechtsbeginsel ‘patere [legem] [quam] ipse fecisti’ aangezien de gekozen inschrijver niet voldoet aan de vereisten inzake technische en beroepsbekwaamheid inzake erkenning en aldus verwerende partij zijn eigen bestek niet heeft nageleefd.

De bestreden beslissing schendt ook de materiële motiveringsplicht in de mate de beslissing om de gekozen inschrijver te selecteren niet gesteund is op rechtens aanvaardbare motieven, alsook het zorgvuldigheidsbeginsel in de mate op onzorgvuldige wijze en zonder grondige feitenvinding genoegzaam werd genomen met een eenvoudige verklaring van deze inschrijver, zonder toetsing aan de wettelijke en reglementaire voorschriften.”

7.2.1. In haar nota doet de verwerende partij gelden dat het middel niet ontvankelijk is *ratione temporis*. Voorts wijst de verwerende partij erop dat het middel niet ontvankelijk is wat de schending betreft van artikel 6 van de wet van 20 maart 1991. De verzoekende partijen geven niet aan hoe dit het geval zou zijn.

7.2.2. Wat de ernst van het middel betreft, wijst de verwerende partij erop dat de gekozen inschrijver een buitenlandse onderneming is die niet in België erkend is en dus niet voldoet aan artikel 70, § 1, tweede lid, 1°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De Nederlandse wetgeving lijkt geen gelijkaardig systeem van erkenning van aannemers te kennen, waardoor deze inschrijver geen certificaat of inschrijving op een officiële lijst van erkende aannemers uit Nederland kan voorleggen. Deze onderneming bevindt zich dus in het toepassingsgeval van artikel 70, § 1, tweede lid, 2° of 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

De verwerende partij verwijst in haar nota naar de offerte van de gekozen inschrijver waarin deze had meegedeeld dat hij inzake de vereiste erkenning “onder de Europese wetgeving” niet gebonden is aan die verplichting.

Op grond van deze verklaring en de andere documentatie in de offerte en hetgeen hierover in het gunningsverslag werd opgenomen, heeft de

verwerende partij besloten dat de gekozen inschrijver voldoet aan de erkenningsvoorwaarden. De oplijsting van vervulde voorwaarden werd echter niet opgenomen in het gunningsverslag, noch in de gunningsbeslissing, maar blijkt uit het administratief dossier. De verwerende partij heeft op grond van dit dossier geen redenen om aan te nemen dat de gekozen inschrijver niet in staat zou zijn de werken naar behoren uit te voeren. Met een afzonderlijk schrijven van de gekozen inschrijver van 2 maart 2018, betreffende omzetgegevens en referentieprojecten, wordt één en ander nogmaals bevestigd. Dit bijkomend schrijven vormt een verduidelijking van wat reeds in de offerte werd aangetoond, namelijk dat voldaan is aan de erkenningsvoorwaarden.

De gekozen inschrijver heeft voorts op eigen initiatief de bewijsstukken bij zijn offerte gevoegd waaruit blijkt dat hij *de facto* voldoet aan de erkenningsvoorwaarden. Zodoende heeft hij, als diegene die zich beroept op artikel 3, § 1, 1° of 2°, van de wet van 20 maart 1991, aangetoond dat is voldaan aan de erkenningsvoorwaarden. Hiermee wordt volgens de verwerende partij de stelling in het verzoekschrift ontkracht dat de gekozen inschrijver er van uitgaat dat hij op grond van Europese wetgeving niet gehouden is te voldoen aan de voorwaarden inzake erkenning. De betrokken verklaring geeft enkel aan dat de gekozen inschrijver niet noodzakelijk op een lijst van erkende aannemers moet staan, temeer omdat dit systeem in Nederland niet bestaat. De inschrijver heeft door de bewijsstukken bij zijn offerte te voegen aangetoond dat voldaan is aan de Belgische erkenningsvoorwaarden.

De verwerende partij doet ten slotte nog gelden dat zij, gelet op de openbare procedure en nu zij de voorwaarden vastgesteld door of krachtens de wet van 20 maart 1991 voldoende achtte om de selectie van de inschrijvers uit te voeren, zich mocht beperken tot de vermelding van de erkenningseis, zonder van de inschrijvers andere inlichtingen of documenten te vereisen betreffende hun economische, financiële, alsook hun technische of beroepsbekwaamheid.

7.3. De tussenkomende partij voert een gelijkaardig verweer als de verwerende partij. Zij wijst er in de eerste plaats op dat de verzoekende partijen niet uiteenzetten hoe artikel 6 van de wet van 20 maart 1991 geschonden zou zijn, zodat het middel op dat vlak niet ontvankelijk is.

Voorts wijst zij erop dat overeenkomstig artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 het bewijs dat voldaan is aan de erkenningsvereisten pas uiterlijk op het moment van de sluiting van de opdracht moet worden voorgelegd. De opdracht is nog niet gesloten.

Ten slotte doet de tussenkomende partij gelden dat zij voldoet aan de erkenningsvereisten, nu artikel 70, § 1, tweede lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 op haar van toepassing is. Zij betoogt dat zij kan aantonen dat zij op het ogenblik van haar inschrijving op de opdracht voldeed aan de voorwaarden van artikel 4 van de wet van 20 maart 1991. Vervolgens gaat zij in op diverse erkenningsvoorwaarden en zet zij uiteen waarom zij aan deze voorwaarden voldoet.

Beoordeling van het ernstig karakter van het middel

8.1. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen in een exceptie op dat het middel niet ontvankelijk is in zoverre het artikel 6 van de wet van 20 maart 1991 betreft.

Dit artikel luidt:

“Een opdracht of een concessie van werken kan pas worden afgesloten met een niet-erkend aannemer die de bewijzen, bedoeld in artikel 3, § 1, 2°, voorlegt of zich beroept op een inschrijving op de officiële lijst van de erkende aannemers in een andere Lid-Staat van de Europese Gemeenschap, nadat de Gewestregering, op verzoek van de opdrachtgever en na advies van de Commissie, heeft beslist dat voldaan is aan de erkenningsvoorwaarden bepaald in artikel 4, § 1, respectievelijk aan de vereisten inzake gelijkwaardigheid van een erkenning bedoeld in artikel 5.

Wanneer de Commissie een negatief advies formuleert, wordt de betrokken aannemer, nadat het advies hem werd betekend per aangetekend schrijven, in de mogelijkheid gesteld om gehoord te worden. Het definitief advies van de Commissie moet antwoorden op de verweermiddelen van de aannemer.”

8.2. Met de verwerende partij en de tussenkomende partij dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partijen niet voldoende concreet en specifiek uiteenzetten hoe de bestreden beslissing het hiervoor aangehaalde

artikel 6 van de wet van 20 maart 1991 zou miskennen. In die mate dient het enig middel op het eerste gezicht als niet-ontvankelijk te worden verworpen.

9.1.1. Overeenkomstig artikel 66, § 1, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: ‘wet overheidsopdrachten 2016’) mogen opdrachten enkel worden gegund indien de aanbestedende overheid “erop heeft toegezien” dat is voldaan aan de voorwaarde dat de offerte afkomstig is van een inschrijver die voldoet aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde selectiecriteria.

Krachtens artikel 71, eerste lid, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016 kunnen de selectiecriteria onder meer betrekking hebben op de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers.

9.1.2. Artikel 70, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 legt de koppeling tussen de gunningsprocedure en de regeling inzake de erkenning van aannemers en luidt:

“§ 1. Wanneer bij een opdracht voor werken, de werken die er het voorwerp van uitmaken overeenkomstig artikel 3, eerste lid, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, slechts mogen worden uitgevoerd door ondernemers die ofwel hiertoe erkend zijn, ofwel aan de voorwaarden ertoe voldoen of nog het bewijs geleverd hebben van het feit dat ze voldoen aan de voorwaarden voor de erkenning bepaald door of krachtens de voormelde wet, vermelden de aankondiging van de opdracht of, bij gebrek daaraan, de opdracht-documenten welke erkenning vereist is in overeenstemming met de eerder aangehaalde wet en haar uitvoeringsbesluiten.

De aanvraag tot deelneming of de offerte vermeldt :

1° ofwel dat de kandidaat of inschrijver over de vereiste erkenning beschikt;

2° ofwel dat de kandidaat of inschrijver in het bezit is van een certificaat of ingeschreven is op een officiële lijst van erkende aannemers in een andere lidstaat van de Europese Unie. In dat geval kan de kandidaat of inschrijver bij zijn aanvraag tot deelneming of offerte het door de bevoegde certificeringsinstelling afgeleverde certificaat of het door de bevoegde instantie van de lidstaat bevestigde bewijs van inschrijving voegen, alsook elk document dat de gelijkwaardigheid tussen deze certificering of inschrijving en de vereiste erkenning als bedoeld in het eerste lid kan aantonen. Op dit certificaat worden de referenties vermeld op grond

waarvan de inschrijving van die ondernemers op de officiële lijst of certificering mogelijk was, alsmede de classificatie op deze lijst;

3° ofwel dat de kandidaat of inschrijver de toepassing inroept van artikel 3, eerste lid, 2°, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken. De aanbestedende overheid stelt de Commissie voor erkenning der aannemers ingesteld door de voormelde wet hiervan onmiddellijk op de hoogte.

In geval van een openbare procedure of een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking kan de aanbestedende overheid, indien zij de voorwaarden vastgesteld door of krachtens de wet van 20 maart 1991 voldoende acht om de selectie van de inschrijvers uit te voeren, zich beperken tot de vermelding bedoeld in het eerste lid, zonder van de inschrijvers andere inlichtingen of documenten betreffende hun economische, financiële, alsook hun technische of beroepsbekwaamheid te eisen.”

9.1.3. Overeenkomstig artikel 2, 1°, van de wet van 20 maart 1991 is deze wet van toepassing op overheidsopdrachten voor werken zoals bepaald in artikel 2, 18°, van de wet overheidsopdrachten 2016, die geplaatst worden door de aanbestedende overheden en de overheidsbedrijven zoals bepaald in artikel 2, 1° en 2°, van diezelfde wet.

Krachtens artikel 3, eerste lid, van de wet van 20 maart 1991 mogen overheidsopdrachten voor werken waarvan de geraamde waarde een bij koninklijk besluit vastgesteld bedrag overschrijden, slechts worden uitgevoerd door ondernemers, zowel publiek- als privaatrechtelijke, die op het moment van de sluiting van de opdracht of van de concessieovereenkomst (1°) hetzij te dien einde erkend zijn; (2°) hetzij het bewijs geleverd hebben dat zij de voorwaarden opgelegd door of krachtens deze wet vervullen.

9.2.1. De aankondiging van de opdracht vereist wat de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers betreft een erkenning “K (Mechanische uitrustingen), Klasse 4”.

9.2.2. De gekozen inschrijver deelt in zijn offerte het volgende mee aan de verwerende partij inzake de vereiste erkenning:

“Hierbij bevestigen wij dat Dutch Theatre Systems & Services BV (DTS2) een buitenlandse aanbieder is. Derhalve zijn we onder de Europese wet-

geving niet gebonden aan de verplichting tot het hebben van een erkenning in categorie K, klasse 4, op de lijst van erkende aannemers. Echter, onze financiële draagkracht kunnen wij indien gewenst weerleggen in de vorm van jaarrekeningen conform Belgische wetgeving.”

Deze tekst, vervat in het vertrouwelijk stuk 10 a van het administratief dossier, werd door de verwerende partij uitdrukkelijk voluit geciteerd in haar nota, zodat zij mag worden geacht zelf het vertrouwelijk karakter van de offerte van de tussenkomen partij op dit punt te hebben gelicht.

9.2.3. In het gunningsverslag wordt het volgende opgemerkt wat betreft de erkenningstoestand van de gekozen inschrijver:

“Technische bekwaamheid
> Een bewijs van erkenning in categorie K, klasse 4

De inschrijver - 3. Dutch Theatre Systems & Services (DTS2) - kan een verklaring voorleggen waaruit blijkt dat deze buitenlandse inschrijver onder de Europese wetgeving niet verplicht is tot het hebben van een erkenning in categorie K klasse 4, op de lijst van erkende aannemers.”

De bestreden beslissing verwijst naar het gunningsverslag en besteedt zelf geen aandacht aan de erkenning van de gekozen inschrijver.

9.3. De gekozen inschrijver is een vennootschap naar Nederlands recht, met zetel in Nederland. Zij beschikt niet over een Belgische erkenning als aannemer van werken. De verwerende partij en de tussenkomen partij betogen dat er in Nederland geen systeem bestaat inzake de erkenning van aannemers gelijkaardig aan het Belgische. De verzoekende partijen betwisten die stelling niet. Op het eerste gezicht zijn er geen redenen om op een andere veronderstelling te steunen bij het onderzoek van het enig middel.

Aldus kan te dezen, zo lijkt, enkel artikel 70, § 1, tweede lid, 3°, koninklijk besluit plaatsing 2017 van toepassing zijn. Deze bepaling vereist van de inschrijver dat hij in zijn aanvraag tot deelneming of offerte vermeldt dat hij de toepassing inroept van artikel 3, eerste lid, 2°, van de wet van 20 maart 1991.

Uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt, anders dan de verwerende partij en de tussenkomende partij lijken te doen gelden, niet dat deze zich beroept op deze bepaling om te voldoen aan de door de opdrachtdocumenten gestelde vereisten inzake erkenning. De hiervoor aangehaalde verklaring, die bij zijn offerte is gevoegd, strekt er enkel toe te bevestigen dat hij als buitenlandse onderneming niet over de vereiste Belgische erkenning beschikt. Meer wordt er in die verklaring over de technische en beroepsbekwaamheid van de gekozen inschrijver niet meegedeeld, laat staan dat hij daarin een uitdrukkelijk beroep zou doen op de mogelijkheid hem geboden door artikel 3, eerste lid, 2°, van de voormelde wet om het bewijs te leveren dat hij voldoet aan de erkenningsvoorwaarden.

Anders dan de verwerende partij meermaals pretendeert in de nota toont de gekozen inschrijver in zijn offerte niet met zoveel woorden aan dat er is voldaan aan de erkenningsvoorwaarden, noch voegt hij vanuit die optiek de rechtens vereiste bewijsstukken bij zijn offerte. Integendeel doet hij zelfs veeleer uitdrukkelijk gelden “niet gebonden” te zijn door de Belgische erkenningsverplichtingen.

Noch uit het gunningsverslag, noch uit de bestreden beslissing blijkt overigens, zoals de verwerende partij nu lijkt staande te houden, dat zij als aanbestedende overheid op grond van deze verklaring en de andere documentatie in de offerte zou hebben besloten dat de inschrijver voldoet aan de erkenningsvoorwaarden. Het gunningsverslag, door de bestreden beslissing tot onderdeel daarvan verklaard, is immers beperkt tot de loutere vaststelling dat de gekozen inschrijver “een verklaring [kan] voorleggen waaruit blijkt dat deze buitenlandse inschrijver onder de Europese wetgeving niet verplicht is tot het hebben van een erkenning in categorie K klasse 4, op de lijst van erkende aannemers”.

In tegenstelling tot wat de verwerende partij doet gelden in haar nota blijkt uit geen enkel ander stuk van het administratief dossier dat het vervullen van de erkenningsvereisten door de gekozen inschrijver door haar als aanbestedende overheid nader onderzocht zou zijn geworden. Het administratief

dossier lijkt alleszins niet de beweerde “oplijsting van vervulde voorwaarden” te bevatten waar de verwerende partij thans naar verwijst.

Aldus lijkt het niet dat de verwerende partij, anders dan zij thans wil doen uitschijnen, tijdens de gunningsprocedure en voorafgaand aan het nemen van de gunningsbeslissing, zou hebben onderzocht of de gekozen inschrijver overeenkomstig artikel 3, eerste lid, 2°, van de wet van 20 maart 1991 het bewijs levert dat hij voldoet aan de erkenningsvoorwaarden. De verwerende partij lijkt integendeel het standpunt van de gekozen inschrijver, die er in essentie van lijkt uit te gaan dat hij als Nederlandse onderneming niet verplicht is tot het hebben van een erkenning, zonder nader onderzoek te hebben aanvaard.

Met de *post factum* stelling in de nota dat de verwerende partij geen redenen heeft om aan te nemen dat de gekozen inschrijver niet in staat zou zijn de werken naar behoren uit te voeren, mag als dusdanig geen rekening worden gehouden. Hetzelfde geldt wat de kennelijk pas ná het nemen van de gunningsbeslissing uitgevoerde bevraging van de gekozen inschrijver betreft inzake het voldoen aan de erkenningsvereisten en zijn aanvullend schrijven van 2 maart 2018, daterend van ná de gunningsbeslissing van 8 februari 2018. Dit schrijven vormt overigens, opnieuw anders dan de verwerende partij wil doen uitschijnen, geen loutere bevestiging van wat reeds in de offerte werd aangetoond, maar gaat gepaard met niet minder dan dertien bijlagen die er kennelijk op gericht zijn alsnog het bewijs te leveren dat de gekozen inschrijver de vereisten inzake erkenning vervult.

Er dient dan ook te worden vastgesteld dat, met schending van het bepaalde in artikel 66, § 1, eerste lid, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016, de verwerende partij de opdracht lijkt te hebben gegund zonder erop te hebben toegezien of minstens niet op zorgvuldige wijze, dat is voldaan aan de voorwaarde dat de offerte afkomstig is van een inschrijver die voldoet aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde selectiecriteria.

Het gebrek aan een behoorlijk gevoerd selectieonderzoek aan de hand van de erkenningsvereisten klemmt, zo lijkt het, te dezen des te meer in het licht van het argument in de nota, bevestigd in de opdrachtdocumenten, dat de

verwerende partij er specifiek voor heeft gekozen om op grond van artikel 70, § 1, laatste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de selectievereisten in de opdrachtdocumenten te beperken tot de voorwaarden vastgesteld door of krachtens de wet van 20 maart 1991. Zij lijkt er aldus zelf voor te hebben geopteerd het selectieonderzoek te reduceren tot een toetsing aan de vereisten van deze wet en de daarvan afgeleide regelgeving.

Voorts kan er nog op worden gewezen dat het, anders dan de verwerende partij en de tussenkomende partij lijken te veronderstellen, niet aan de Raad van State toekomt om vast te stellen of de gekozen inschrijver al dan niet aan de erkenningsvereisten kan voldoen. Hij mag enkel de beslissing die de aanbestedende overheid daaromtrent heeft genomen op haar rechtmatigheid toetsen. Er is reeds gebleken dat deze beslissing te dezen *prima facie* faalt. Op de *post factum* punt-per-punt gevoerde argumentaties van de verwerende partij en de tussenkomende partij inzake het wel degelijk voldoen aan de erkenningsvoorwaarden dient dan ook niet te worden ingegaan, alleszins niet binnen de perken van de huidige procedure in kortgeding bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Het enig middel dient dan ook ernstig te worden bevonden, alleen al wegens de schending van het voormelde artikel 66, § 1, eerste lid, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016, minstens wegens de onzorgvuldige toepassing ervan. Het middel kan dus tot schorsing leiden indien de hierna besproken tegenwerpingen van de verwerende partij en de tussenkomende partij niet worden aanvaard.

Beoordeling van bijkomend opgeworpen verweermiddelen

10.1. De verwerende partij, met een exceptie *ratione temporis* bij het middel en de tussenkomende partij, in rechtstreeks verweer tegen het middel, doen gelden dat artikel 3 van de wet van 20 maart 1991, sinds de wijziging ervan door artikel 68 van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ verwijst naar het moment van de sluiting van de opdracht, en niet langer, zoals voorheen, naar de gunningsbeslissing. Zij leiden daaruit af dat die bepaling toelaat dat het bewijs dat de erkenningsvoorwaarden opgelegd door of krachtens deze wet vervuld zijn, pas wordt geleverd op het moment van sluiting van de

opdracht. Aangezien de opdracht nog niet werd gesloten mag, gelet op de wachttermijn, de gekozen inschrijver dit bewijs nog leveren. In die zin kan heden nog geen sprake zijn van een schending van de betrokken bepalingen.

10.2. In het auditorsadvies ter terechtzitting is deze argumentatie verworpen op grond van de volgende vaststellingen.

In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat het gewijzigde artikel 3 bepaalt dat overheidsopdrachten slechts kunnen worden uitgevoerd door ondernemers die op het moment van de sluiting van de opdracht erkend zijn of het bewijs geleverd hebben dat zij de erkenningsvoorwaarden vervullen. Deze bepaling lijkt aldus niet op het nemen van de gunningsbeslissing te slaan en louter de fase van de uitvoering van de opdracht te betreffen.

In de parlementaire voorbereiding wordt bij het voornoemde artikel 68 de volgende toelichting gegeven:

“[Deze] precisering (uitgevoerd en niet gegund aan) laat met name toe, voor de opdrachten voor werken die voorheen werden aangeduid als zijnde ‘promotie’-opdrachten (of meer algemeen voor de opdrachten die erop gericht zijn om, met welk middel ook, een werk te laten uitvoeren die voldoet aan de vereisten bepaald door de aanbesteder) en voor de concessie-opdrachten voor werken, dat niet verlangd wordt dat de opdrachtnemer van de opdracht/concessie erkend zou zijn, maar wel de entiteit die de [werken] uitvoert.

Deze zelfde precisering laat ook toe om rekening te houden, wat de erkenning betreft, met de regel waarbij toegelaten wordt dat de inschrijver, om te voldoen aan de eisen op het vlak van de technische bekwaamheid, beroep doet op de draagkracht van derden.” (*Parl. St. Kamer 2015-16, nr. 1708/1,102*)

Aldus lijkt het dat de wetgever bij de voormelde wijziging van artikel 3 in het bijzonder de situatie voor ogen had waarbij de inschrijver de werken niet zelf zal uitvoeren maar daarvoor een beroep zal doen op een derde. Alsdan dient de inschrijver die de opdracht gegund krijgt niet zelf erkend te zijn, maar wel de derde die de werken zal uitvoeren. De wijziging lijkt niet een inschrijver te betreffen zoals te dezen, die de werken dient uit te voeren of zelf zal uitvoeren.

Wat het nemen van de gunningsbeslissing betreft bepaalt artikel 66, § 1, eerste lid, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 wel dat opdrachten enkel mogen worden gegund indien de aanbestedende overheid erop heeft toegezien dat is voldaan aan de voorwaarde dat de offerte afkomstig is van een inschrijver die voldoet aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde selectiecriteria.

Indien de aanbestedende overheid aldus in de opdrachtdocumenten bij een opdracht voor werken waarbij de gekozen inschrijver in beginsel de werken zelf zal uitvoeren een bepaalde erkenning vereist, lijkt zij wel degelijk reeds in de gunningsprocedure, meer bepaald in de fase van de selectie, te moeten onderzoeken of de inschrijvers over deze erkenning beschikken dan wel, indien zij niet erkend zijn, zoals bijvoorbeeld bij een buitenlandse inschrijver zoals te dezen, of de inschrijvers kunnen aantonen de erkenningsvoorwaarden te zullen vervullen tegen het ogenblik waarop de opdracht zal worden gesloten.

Er kan in dit verband worden gewezen op het Verslag aan de Koning bij artikel 70 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, (BS 9 mei 2017, 55.373) dat ondubbelzinnig vermeldt:

“Dit artikel heeft het over de reglementering houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, waarvan de bepalingen in het kader van de kwalitatieve selectie moeten toegepast worden.”

Dit onderzoek bij de kwalitatieve selectie naar de erkenningstoestand van de inschrijver dient minstens uit het administratief dossier te blijken. Er werd reeds opgemerkt dat zulks te dezen niet het geval is. Zoals ook reeds vastgesteld lijkt dit op het eerste gezicht des te meer problematisch te zijn in het licht van de keuze van de verwerende partij om op grond van artikel 70, § 1, laatste lid, koninklijk besluit plaatsing 2017, de selectievereisten, en bijgevolg het selectieonderzoek, in de opdrachtdocumenten te beperken tot de voorwaarden vastgesteld door of krachtens de wet van 20 maart 1991.

Artikel 66 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 70 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 lijken samen genomen in elk geval niet te mogen worden opgevat alsof, zoals de verwerende partij lijkt te veronderstellen in haar exceptie *ratione temporis* bij het middel, de aanbestedende overheid in de gunningsfase in principe geen enkele of onvoldoende aandacht zou mogen besteden aan de erkenningstoestand van de inschrijvers of zou mogen volharden in een onwettig of gebrekkig onderzoek daarvan.

Artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 lijkt aldus geen vrijgeleide voor de aanbestedende overheid om het door de overheidsopdrachtenwet en -regelgeving vereiste zorgvuldig selectieonderzoek inzake de erkenning geheel voor zich uit te schuiven tot aan de sluiting van de opdracht, dan wel een gebrekkig selectieonderzoek te regulariseren na het nemen van de gunningsbeslissing.

In zoverre de verwerende partij en de tussenkomende partij doen gelden dat op grond van artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 een aanbestedende overheid een gunningsbeslissing mag nemen waarin zij een opdracht gunt aan een aannemer die op dat ogenblik nog niet erkend is, op voorwaarde dat aan dat vereiste is voldaan op het ogenblik van de sluiting van de opdracht,

lijkt zulks correct. Deze mogelijkheid lijkt echter wel nog steeds te veronderstellen dat vóór het nemen van de gunningsbeslissing een zorgvuldig selectieonderzoek heeft plaatsgevonden, onder meer naar de erkenningstoestand van de gekozen inschrijver. Zoals reeds vastgesteld blijkt zulks te dezen reeds op het eerste gezicht niet het geval te zijn geweest.

De Raad van State ziet geen reden om deze vaststellingen van het auditorsadvies niet bij te vallen, des te meer omdat de verwerende en de tussenkomende partij daarop ter terechtzitting niet meer hebben gerepliceerd.

VIII. Besluit en kosten

11. Gelet op het ernstig karakter van het enige middel dient de bestreden gunningsbeslissing in haar tenuitvoerlegging te worden geschorst.

12. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Dutch Theatre Systems & Services tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Autonoom Gemeentebedrijf Stad Deinze van 8 februari 2018 waarbij de opdracht “Bouwen van een cultuurcentrum ‘Leitheater’ – perceel 5 – Hijsinstallatie” wordt gegund aan Dutch Theatre Systems & Services bv, Duinkerkenstraat 44 te NI-9723 BT Groningen tegen het bedrag van € 928.654,00, btw niet inbegrepen, inclusief optie 10 extra decortrekken.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 maart 2018,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest