

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 260.494 van 13 augustus 2024
in de zaak A. 242.537/XIV-39.611**

In zake: de bv VAN DE WALLE INDUSTRIAL BUILDING
CONTRACTOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens, Ian Arnouts en Elise Myin
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het EIGEN VERMOGEN VAN HET INSTITUUT VOOR
LANDBOUW- EN VISSERIJONDERZOEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Sutter
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de bv VANLOOT
2. de bv D.K.
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Alexander Verschave
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Italiëlei 171 bus 4A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 juli 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e gemotiveerde gunningsbeslissing van [het Eigen Vermogen van het Instituut voor Landbouw- en Visserijonderzoek] d.d. 5 juli 2024 [...] inzake de

overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘Realisatie van een nieuwe pluimveestal: ruwbouw afwerking en algemene technieken’ (EV-ILVO/D92/Bouw nieuw Pluimveecomplex /OP/), (i) in zoverre hierin besloten wordt om voormelde opdracht te gunnen aan ‘tm Vanloot – D’Haene’, en (ii) aldus minstens impliciet tevens wordt besloten om de opdracht niet te gunnen aan Van De Walle Industrial Building Contractor”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 31 juli 2024 hebben de bv Vanloot en de bv D.K., samen vormend een tm, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 augustus 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Ian Arnouts en Elise Myin, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Tom De Sutter, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Alexander Verschave, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur-generaal 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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp ‘Realisatie nieuwbouw- pluimveestallen: ruwbouw en afwerking en technieken’.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 januari 2024.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor de openbare procedure.

3.2. Het voorwerp van de opdracht wordt in het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek als volgt omschreven:

“[...]

De opdracht omvat:

De bouw van een pluimveecomplex in functie van wetenschappelijk onderzoek. Het gaat om de bouw van pluimveeverblijven zowel als de personeelsruimten en technische lokalen. Het geheel van dit pluimveecomplex is een innovatief project om onderzoek ikv pluimvee mogelijk te maken in de meest brede zin. Het deel staltechnieken en klimatisatie wordt daarom in een ander bestek opgenomen.

[...]”

Wat de voor deze opdracht vereiste erkenning betreft, wordt onder punt II.A.1.2 ‘kwalitatieve selectiecriteria’ van het bestek het volgende bepaald:

“Erkenning aannemer

Voor deze werken is er een passende erkenning vereist in de zin van de Wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van de opdrachtnemers van werken.

De aanbestedende overheid is van oordeel dat de vereiste erkenning is:

Categorie: D

De aanbestedende overheid is van oordeel dat de vereiste klasse is: 7 – mogelijks klasse 6: afhankelijk van het bedrag van de offerte.

De opgegeven vereiste erkenningsklasse geldt ten indicatieve titel.

Bewijsmiddelen

De inschrijver dient de vereiste bewijsstukken toe te voegen aan de offerte zoals hierboven aangegeven.”

De prijs is het enige gunningscriterium.

3.3. Luidens het proces-verbaal van opening dienen twee inschrijvers een offerte in, met name V.L. TRAC voor een totaalbedrag van 3.569.628,98 euro, btw niet inbegrepen, en de verzoekende partij voor een totaalbedrag van 4.264.906,13 euro, btw niet inbegrepen.

Het proces-verbaal van opening vermeldt wat de eerste inschrijver betreft de volgende gegevens:

“Kandidaat / inschrijver 1

Ondernemingsgegevens

Naam van de onderneming: V.L. TRAC

Ondernemingsnummer: 0425915023

Adres maatschappelijke zetel: Rodenbachstraat 55, 8908 Vlamertinge, België

Adres van de onderneming: Rodenbachstraat 55, 8908 Vlamertinge, België

Datum en tijdstip van verzenden: 05/03/2024 09:56 CET

Ondertekend door: Michiel Vanloot (Signature)

[...].”

Het offerteformulier van deze inschrijver vermeldt:

“[...]

De natuurlijke perso(o)n(en en/of de vennootschap(pen) die optreden als combinatie zonder rechtspersoonlijkheid (voor elke deelnemer dezelfde gegevens als hierboven):

tm Vanloot – D’Haene Rodenbachstraat 55 8908 Vlamertinge

combinatie die tegenover de overheid wordt vertegenwoordigd door één van hen, met name:

Vanloot bv Rodenbachstraat 55 8908 Vlamertinge

[...].”

Bij de offerte wordt tevens een “overeenkomst voor een geïntegreerde Tijdelijke Maatschap” gevoegd tussen:

- de bv Vanloot, met maatschappelijke zetel te 8908 Vlamertinge, Rodenbachstraat 55 en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0425.915.023 en
- de bv D.K., met maatschappelijke zetel te 9770 Kruisem, Meirestraat 22 en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0885.338.893.

3.4. Hierom gevraagd, wordt door beide inschrijvers nog een prijsverantwoording verstrekt aan de verwerende partij.

3.5. Er wordt een gunningsverslag opgesteld.

Wat de ontvangen offertes betreft, wordt daarin vastgesteld dat er twee offertes werden ontvangen:

“tm Vanloot – D’Haene
Van De Walle Industrial Building Contractor bv.”

Wat de selectie betreft, wordt in het gunningsverslag onder meer vastgesteld dat de tm Vanloot-D’Haene voor de selectiecriteria inzake grond-, funderings- en rioleringswerken een beroep doet op de draagkracht van:

“[D.K.] grondwerken Meirestraat 22 9770 Kruisem Belg
0885.338.893.”

Wat de vereiste erkenning betreft, bevat de overzichtstabel inzake de controle van de selectiecriteria voor de verzoekende partij de vermelding “7D, ok” en voor de tm Vanloot-D’Haene de vermelding “5D, ok *”. Deze laatste beoordeling wordt in het gunningsverslag toegelicht als volgt:

“*Inschrijver tm Vanloot -D’Haene : Het niet voldoen aan het criterium attest erkenning klasse 7 categorie D geeft voor de aanbestedende overheid geen reden tot uitsluiting.
Een indexering van de klassen maakt dat onderstaande tabel (rechter kolom) de bestaande tabel met klasse-indeling vervangt.
Het Koninklijk Besluit van 14 april 2024 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 26 april 2024 komt tegemoet aan deze bezorgdheid door de

maximumbedragen van werken die aannemers per klasse en per opdracht mogen uitvoeren, met 20% te verhogen als volgt:

Klasse	Maximumbedrag van toepassing tot en met 31/05/2024 (op basis van art. 3,§2 KB 26/09/1991)	Maximumbedrag van toepassing vanaf 1/06/2024 (Verhoging met 20% op basis van art. 1, 1° KB 14/4/2024)
1	135.000 euro	162.000 euro
2	275.000 euro	330.000 euro
3	500.000 euro	600.000 euro
4	900.000 euro	1.080.000 euro
5	1.810.000 euro	2.172.000 euro
6	3.225.000 euro	3.870.000 euro
7	5.330.000 euro	6.396.000 euro
8	Meer dan 5.330.000 euro	Meer dan 6.396.000 euro

Elk van de leden van de maatschap tm Vanloot -D'Haene hebben klasse 5. Uit de wet v 20 maart 1991. - Wet houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken. Artikel 11 §2: [...] (1 De tijdelijke handelsvennootschappen) [...] waarvan ten minste twee deelgenoten erkend zijn in dezelfde klasse en categorie of ondercategorie of, overeenkomstig artikel 3, § 1, 2°, bewijzen aan de voorwaarden voor die erkenning te voldoen, worden geacht de vereiste erkenning te bezitten voor de uitvoering van de in de onmiddellijk hogere klasse ingedeelde werken van die categorie of ondercategorie. In deze heeft de maatschap tm Vanloot-D'Haene hebben klasse 5.

Door het KB van 14 april 2024 tot wijziging van het KB van 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de Wet van 20 maart 1991 - houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken - wordt vanaf 1 juni a.s. een wijziging doorgevoerd die maakt dat de betrokken inschrijver maatschap tm Vanloot-D'Haene in voorkomend geval vooralsnog zou kunnen worden geselecteerd voor deze opdracht: maatschap tm Vanloot-D'Haene heeft een offerte ingediend voor een bedrag van 3.569.628,98 euro en zou dus op basis van het verhoogde maximumbedrag van de klasse 6 waarin de maatschap is erkend toch de betrokken opdracht kunnen worden toegewezen.
[...]"

Beide inschrijvers worden geselecteerd en hun offertes worden als regelmatig beoordeeld.

Het gunningsverslag vermeldt de volgende verbeterde bedragen exclusief btw:

- tm Vanloot-D'Haene: 3.780.716,78 euro
- bv Van De Walle Industrial Building Contractor: 4.338.771,32 euro.

Op basis van de toetsing van de offertes aan het enige gunningscriterium ‘prijs’, waarbij de offerte van de tm Vanloot-D’Haene een score behaalt van 100/100 tegenover een score van 87/100 voor de offerte van de verzoekende partij, wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de tm Vanloot-D’Haene.

3.6. Op 5 juli 2024 beslist de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan de tm Vanloot-D’Haene.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Met een e-mailbericht en een aangetekend schrijven van 5 juli 2024 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag.

IV. Tussenkoms

4. De bv Vanloot en de bv D.K., samen vormend een tm, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt hun verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

A. Tijdigheid van de vordering

5. Zowel de verwerende partij als de tussenkomsde partijen werpen in hun nota en verzoekschrift tot tussenkoms een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op, afgeleid uit de laattijdigheid ervan.

Ter terechtzitting doen zij afstand van deze exceptie.

B. Beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing

6. De verzoekende partij vordert ook de schorsing van de uitvoering van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen.

Een verzoekende partij die de nietigverklaring vraagt of de schorsing van de tenuitvoerlegging vordert van een impliciete weigeringsbeslissing, moet aantonen dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die wijzen op een rechtsplicht om de opdracht aan haar te gunnen.

Geen van de middelen die de verzoekende partij te dezen aanvoert, lijkt op het eerste gezicht in te houden dat de verwerende partij na een schorsing geen andere rechtsgeldige keuze meer heeft dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

De vordering is niet ontvankelijk in zoverre ze is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Onderzoek van de middelen

Tweede middel

Standpunt van de partijen

8. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ (hierna: wet van 20 maart 1991), van het beginsel van de gelijke behandeling en non-discriminatie van de inschrijvers zoals vervat in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 5 en 69, eerste lid, 8°, van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 5, 6°, en 9°, *juncto* artikel 29, § 1, eerste lid, van de rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), alsook van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij betoogt, samengevat, dat “[niet blijkt] dat de begunstigde inschrijver daadwerkelijk voldoet aan de vereiste van erkenning in categorie D – klasse 7 zoals opgenomen in de opdrachtdocumenten. ILVO heeft tevergeefs getracht om de mededinging te verstoren door de gunning van de opdracht uit te stellen zodat erkenning in klasse 6 tevens zou volstaan. Geen van de deelgenoten van de ‘tm Vanloot – D’Haene’ beschikt individueel immers over een erkenning in categorie D, klasse 6 of 7. Bovendien kan geen toepassing gemaakt worden van artikel 11 [van de wet van 20 maart 1991] om de erkenningen van twee deelgenoten te combineren tot een erkenning in een verhoogde klasse, omdat de tweede deelgenoot van de maatschap niet blijkt te beschikken over enige erkenning in categorie D. Aangezien de ‘tm Vanloot – D’Haene’ niet voldoet aan een selectie criterium, kon zij niet geselecteerd worden en mocht de opdracht niet aan deze inschrijver toegewezen worden”.

In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat, hoewel het bestek de klasse van erkenning nog niet definitief kon bepalen, dit wel mogelijk was na ontvangst van de offertes. In het licht van de offertebedragen van de inschrijvers bestond effectief de noodzaak voor erkenning in categorie D, klasse 7. Een erkenning in een andere categorie en/of lagere klasse volstaat in beginsel niet.

De verzoekende partij wijst erop dat de deelgenoten van de tm Vanloot-D'Haene elk niet beschikken over de vereiste erkenning, hetgeen volgens haar ook bevestigd wordt in het gunningsverslag waarin enkel sprake is van een erkenning '5D', hetgeen te lezen is als klasse 5 van categorie D. Uit de gemotiveerde gunningsbeslissing blijkt volgens de verzoekende partij dat de verwerende partij niettemin twee kunstgrepen heeft toegepast om de gekozen inschrijver alsnog te kunnen selecteren.

Als eerste kunstgreep wordt in de gemotiveerde gunningsbeslissing verwezen naar de indexerings van de maximumbedragen per klasse ingevolge het koninklijk besluit van 14 april 2024 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken' (hierna: koninklijk besluit van 14 april 2024) dat pas op 1 juni 2024 in werking is getreden. Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij onzorgvuldig en in strijd met het gelijkheidsbeginsel en de eerlijke mededinging gehandeld door het nemen van de gunningsbeslissing maanden uit te stellen om de gekozen inschrijver alsnog te kunnen selecteren op grond van de indexatie.

Als tweede kunstgreep wordt volgens de verzoekende partij op onwettige wijze toepassing gemaakt van artikel 11 van de wet van 20 maart 1991 op grond waarvan twee deelgenoten die erkend zijn in dezelfde klasse en categorie of ondercategorie of bewijzen aan de voorwaarden voor die erkenning te voldoen, worden geacht de vereiste erkenning te bezitten voor de uitvoering van de in de onmiddellijk hogere klasse ingedeelde werken van die categorie of ondercategorie. Zij wijst erop dat de onderneming 'D.K.' die mogelijkwijze als de deelgenoot van de tijdelijke maatschap wordt gezien, niet beschikt over een erkenning in

categorie D, klasse 5 en dat een erkenning in één van de ondercategorieën van categorie D niet volstaat om alsnog artikel 11 van de wet van 20 maart 1991 te kunnen toepassen.

Dat een erkenning in een ondercategorie niet gelijk te schakelen is met een erkenning in de hoofdcategorie blijkt volgens haar enerzijds uit artikel 5, § 2, van het koninklijk besluit van 26 september 1991 ‘tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ (hierna: koninklijk besluit erkenning), anderzijds uit het voorwerp van de diverse categorieën en ondercategorieën: een erkenning in ondercategorie D1 (alle ruwbouwwerken en onder kap brengen van gebouwen) is vanzelfsprekend niet gelijk te stellen met een erkenning in categorie D (algemene aannemingen van bouwwerken). Dit wordt volgens haar ook bevestigd bij raadpleging van de publiek toegankelijke databank inzake erkende aannemers waarin steeds vermeld staat of een onderneming beschikt over een erkenning in een bepaalde categorie of ondercategorie.

Geen van de deelgenoten van de tijdelijke maatschap beschikt individueel over een erkenning in categorie D, klasse 6. Bovendien zijn beide deelgenoten niet elk afzonderlijk in klasse 5 van categorie D erkend en kan de maatschap dus geen aanspraak maken op de verhoogde erkenning in klasse 6.

Bijgevolg is niet voldaan aan het selectie criterium dat in het bestek werd vooropgesteld en had de tm Vanloot-D’Haene niet geselecteerd mogen worden, zodat de opdracht ook niet aan deze inschrijver mocht worden toegewezen.

In de mate dat de begunstigde inschrijver in het inschrijvingsformulier aangaf niet aan de erkenningsvereiste te voldoen, hetgeen effectief de situatie was op het moment van indiening van de offerte, valt niet te begrijpen dat de inschrijver toch geselecteerd is.

In de mate dat de begunstigde inschrijver in het offerteformulier zou hebben aangeduid te voldoen aan de erkenningsvereiste, dient te worden vastgesteld dat dit een valse verklaring betreft in de zin van artikel 69, eerste lid,

8°, van de wet overheidsopdrachten 2016. Bijgevolg had de verwerende partij de gekozen inschrijver kunnen uitsluiten. In ieder geval heeft zij nagelaten in de gemotiveerde gunningsbeslissing te motiveren waarom de gekozen inschrijver aldus niet uitgesloten wordt, hetgeen minstens een schending van de formele motiveringsplicht inhoudt.

9. In haar nota voert de verwerende partij in de eerste plaats aan dat de deelgenoot bv D.K. wel degelijk beschikt over een erkenning in categorie D, klasse 5 waardoor met toepassing van artikel 11 van de wet van 20 maart 1991 de tm Vanloot-D’Haene kan of moet worden gekozen als meest voordelige regelmatige inschrijver.

Afgezien van het gegeven dat zij niet lijdzaam heeft gewacht met het beoordelen van de offertes, was zij gerechtigd tot het nemen van de bestreden gunningsbeslissing. Zij was er immers toe gehouden rekening te houden met het koninklijk besluit van 14 april 2024.

Zij betoogt voorts dat de formele motiveringsplicht niet is geschonden aangezien de gemotiveerde gunningsbeslissing wel degelijk de namen vermeldt van de al dan niet geselecteerde inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven die hun selectie of niet-selectie rechtvaardigen overeenkomstig artikel 5, 6°, van de rechtsbeschermingswet. Hetzelfde geldt wat betreft de namen van de gekozen inschrijver en de inschrijver van wie de regelmatige offerte niet is gekozen en de juridische en feitelijke motieven overeenkomstig artikel 5, 9°, van die wet.

De verwerende partij stelt vast dat de verzoekende partij enkel betwist dat artikel 11 van de wet van 20 maart 1991 van toepassing zou kunnen zijn doordat de deelgenoot bv D.K. niet over een erkenning categorie D, klasse 5 beschikt. Zij geeft aan dat bij de offerte van de tussenkomende partijen een “Getuigschrift van Erkenning” van deze deelgenoot is gevoegd waaruit een erkenning in klasse 5, categorie D1 (ruwbouwwerken en onder kap brengen van gebouwen) blijkt, welke erkenning volgens de verwerende partij volstaat voor de uit te voeren werken die het voorwerp uitmaken van de bestreden opdracht.

Ook meent zij dat zij niet geacht kan worden op basis van voormelde gegevens rekening te hebben gehouden met een valse verklaring op grond waarvan toepassing zou moeten worden gemaakt van artikel 69, eerste lid, 8°, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Uit de samenlezing van het voorgaande blijkt volgens de verwerende partij dat er geen sprake is van een schending van artikel 3 van de wet van 20 maart 1991. Zij merkt ook op dat een eventuele schending van artikel 70 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) niet wordt aangevoerd door de verzoekende partij.

Zij benadrukt voorts dat de doorlooptijd van de plaatsingsprocedure niet abnormaal is en het tijdsverloop de gemotiveerde gunningsbeslissing geenszins onwettig maakt. Zo moet het beperkt team binnen de diensten van de verwerende partij intensief diverse dossiers opvolgen en coördineren, terwijl ook de complexiteit van drie samenlopende dossiers de nodige tijd vergt. Evenzeer is een aanbestedende overheid gerechtigd om tijdens een plaatsingsprocedure een prijsverantwoording aan beide inschrijvers te vragen. In het bestek is overigens ook sprake van een “gestanddoeningstermijn” vanwege de inschrijvers die loopt tot en met 3 augustus 2024. Aldus was zij zonder meer gerechtigd (en verplicht) om bij het nemen van de gunningsbeslissing rekening te houden met het koninklijk besluit van 14 april 2024 dat in werking trad op 1 juni 2024. Zij verwijst daarbij naar de rechtspraak van de Raad van State omtrent het tijdstip van het beoordelen van de voorwaarde van de erkenning (onder andere RvS 7 januari 2020, nr. 246.558, bvba RDR Infra).

De verwerende partij stelt dat uit het gunningsverslag blijkt dat zij de erkenningstoestand wel degelijk zorgvuldig heeft beoordeeld en dat zij daarbij is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens en deze correct in rechte heeft toegepast zodat zij rechtmatig een gunningsbeslissing kon nemen ten gunste van de tussenkomende partijen nu zij op het ogenblik van de bestreden gunningsbeslissing verplicht was om rekening te houden met de geïndexeerde bedragen. Enige andere beslissing zou volgens de verwerende partij overigens als in strijd met het

zuinigheidsbeginsel moeten worden beschouwd en nooit een gunstig advies van de inspectie van financiën krijgen.

Zij benadrukt nog dat zij geen overheidsopdracht heeft opgesteld met het doel de mededinging op kunstmatige wijze te beperken, wel integendeel, en dat zij net zorgvuldig heeft gehandeld. Ook wijst zij erop dat het aanvoeren van de schending van het redelijkheidsbeginsel of evenredigheidsbeginsel een ondergeschikt middel is. In elk geval heeft de verwerende partij de regels gevolgd die ze zichzelf heeft opgelegd en kan het toepassen van de actueel geldende bepalingen niet worden gekwalificeerd als het uitvoeren van kunstgrepen, laat staan als het verstoren en beperken van de mededinging.

10. In hun verzoekschrift tot tussenkomst voeren de tussenkomende partijen in de eerste plaats aan dat de verzoekende partij haar middel ten onrechte baseert op een schending van artikel 3 van de wet van 20 maart 1991. Zoals de bepaling zelf aangeeft, dient er aan deze verplichting te worden voldaan op het ogenblik van de sluiting van de opdracht. Deze bepaling heeft derhalve betrekking op de uitvoering en niet op de gunning. Een eventuele schending zou volgens de tussenkomende partijen moeten blijken uit artikel 70 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, welke bepaling in deze niet geschonden wordt geacht door de verzoekende partij.

Voorts merken de tussenkomende partijen op dat er wel degelijk erkenningen klasse 5 voorliggen, in het bijzonder deze van de bv Vanloot, die beschikt over een erkenning klasse 5 D en 5 D1 en de bv D.K. die beschikt over een erkenning klasse 5 D1. Zij betogen dat de verwerende partij voor de uitvoering van de opdracht overigens kan volstaan met het aanvaarden van een erkenning klasse 5 D1 en dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift ook het tegendeel niet aantoonst.

Zij benadrukken dat de verzoekende partij geen schending aanvoert van artikel 11 van de wet van 20 maart 1991 en ook de schending van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* louter afleidt uit een vermeende schending van artikel 3 van de wet van 20 maart 1991, welke bepaling om de hoger vermelde redenen volgens hen niet werd geschonden.

Ook de kritiek van de verzoekende partij over het “onzorgvuldig uitstellen van de gunningsbeslissing” door de verwerende partij is volgens de tussenkomende partijen onterecht. De doorlooptijd van de opdracht is allerm minst abnormaal, in het licht van het koninklijk besluit van 14 april 2024 en het gegeven dat de offertes dienden te worden ingediend op 5 maart 2024. Dat kritiek wordt geuit op het vragen van een prijsverantwoording is volgens de tussenkomende partijen onbegrijpelijk, temeer daar er geen schending van de voor het prijsonderzoek toepasselijke bepalingen wordt aangehaald. Er is voorts volgens hen geen sprake van omzeiling van de erkenningsregels, maar net van de toepassing ervan.

Zij betogen voorts dat de verzoekende partij de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver niet in vraag stelt en geen schending van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 opwerpt.

Tot slot merken de tussenkomende partijen op dat er ook geen schending is van de artikelen 4 en 5 van de wet overheidsopdrachten 2016 of van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Ook deze vermeende schendingen zouden door de verzoekende partij immers gekoppeld worden aan de reeds weerlegde schending van artikel 3 van de wet van 20 maart 1991.

Beoordeling

11. Overeenkomstig artikel 66, § 1, eerste lid, 2°, van de 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.

Artikel 70, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 legt de koppeling tussen de gunningsprocedure en de van toepassing zijnde 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 opdrachtdocumenten 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. [...];

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.”

Die bepaling strekt ertoe de aanbestedende overheid in staat te stellen om op het moment van de gunningsbeslissing te beoordelen of een inschrijver over de vereiste erkenning beschikt en aldus geschikt is om de betrokken overheidsopdracht uit te voeren.

Dat een schending van de voormelde bepalingen niet wordt aangevoerd door de verzoekende partij, belet niet dat ook het zorgvuldigheidsbeginsel, waarvan de schending wordt ingeroepen, onder meer inhoudt dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten, die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld.

Het eveneens geschonden geachte artikel 5 van de rechtsbeschermingswet luidt:

“De in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing bevat, naargelang de plaatsingsprocedure en het soort beslissing :

[...]

6° de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven die hun selectie of niet-selectie rechtvaardigen;

[...]

9° de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben;

[...].”

Overeenkomstig artikel 29, § 1, van dezelfde wet zijn de voormelde bepalingen van toepassing op opdrachten die de Europese drempels niet bereiken doch waarvan de goed te keuren uitgave zonder belasting over de toegevoegde waarde het in artikel 29, § 1, vermelde bedrag overschrijdt voor de klassieke sectoren, hetgeen voor de voorliggende opdracht het geval is.

De artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, waarvan de schending wordt aangevoerd verplichten de administratieve overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op “afdoende” wijze.

Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De belangrijkste bestaansreden van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de voormelde wet van 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden.

12. Het bestek vereist als één van de selectiecriteria een erkenning als aannemer in categorie D waarbij de aanbestedende overheid van oordeel is dat de vereiste klasse is “7 – mogelijks klasse 6: afhankelijk van het bedrag van de

offerte”. Onder punt II.A.3.4 van het bestek wordt ook uitdrukkelijk bepaald dat de inschrijver als één van de vereiste documenten in het kader van de kwalitatieve selectiecriteria bij de offerte dient te voegen: “een attest [dat] zijn erkenning bewijst en klasse; de klasse correspondeert minstens met het bedrag van zijn ingediende offerte.”

13. Bij de offerte van de tussenkomende partijen blijkt onder meer een “Getuigschrift van Erkenning” van de deelgenoot bv D.K. te zijn gevoegd waaruit een erkenning in klasse 5, ondercategorie D1 blijkt. In zoverre de verzoekende partij in haar middel uitgaat van de veronderstelling dat hierover een valse verklaring werd afgelegd, lijkt het middel feitelijke grondslag te missen.

14. Het gunningsverslag, waarop de bestreden beslissing steunt, bevat wat betreft de erkenningstoestand van de gekozen inschrijver de vermelding: “5D, ok*.” Gesteld wordt dat “[h]et niet voldoen [door deze inschrijver] aan het criterium attest erkenning klasse 7 categorie D [...] voor de aanbestedende overheid geen reden [geeft] tot uitsluiting”. Daarbij wordt enerzijds verwezen naar de indexerings van de klassen bij koninklijk besluit van 14 april 2024 en anderzijds naar artikel 11, § 2, eerste lid, van de wet van 20 maart 1991 naar luid waarvan “[d]e tijdelijke handelsvennootschappen waarvan ten minste twee deelgenoten erkend zijn in dezelfde klasse en categorie of ondercategorie of, overeenkomstig artikel 3, § 1, 2°, bewijzen aan de voorwaarden voor die erkenning te voldoen, worden geacht de vereiste erkenning te bezitten voor de uitvoering van de in de onmiddellijk hogere klasse ingedeelde werken van die categorie of ondercategorie”. Volgens het gunningsverslag heeft “[e]lk van de leden van de maatschap tm Vanloot-D’Haene [...] klasse 5”. Vastgesteld wordt dat de tijdelijke maatschap “een offerte [heeft] ingediend voor een bedrag van 3.569.628,98 euro en [...] dus op basis van het verhoogde maximumbedrag van de klasse 6 waarin de maatschap is erkend toch de betrokken opdracht [zou] kunnen worden toegewezen”.

15. In zoverre de verzoekende partij in het middel aanvoert dat de verwerende partij onzorgvuldig en in strijd met het gelijkheidsbeginsel en de eerlijke mededinging heeft gehandeld door het nemen van de gunningsbeslissing

uit te stellen om de betrokken inschrijver alsnog te kunnen selecteren op grond van de indexatie, kan zij op het eerste gezicht niet worden bijgevalen.

Nu overeenkomstig artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 de erkenningsvoorwaarden vervuld moeten zijn op het moment van de sluiting van de opdracht en definitief worden bepaald door het bedrag van de inschrijving, lijkt hieruit te volgen dat de vermelding van de erkenningsvoorwaarden in het bestek nog niet vaststaat.

Het koninklijk besluit waarbij de maximumbedragen werden verhoogd werd aangenomen op 14 april 2024, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 26 april 2024 en is in werking getreden op 1 juni 2024. Het werd dan ook aangenomen en bekendgemaakt kort na de uiterste indieningsdatum van de offertes op 5 maart 2024. Dat de plaatsingsprocedure abnormaal lang zou hebben aangesleept, lijkt bovendien te worden tegengesproken door het gevoerde prijsonderzoek in maart en mei 2024, evenals door de in het bestek bepaalde verbintenistermijn van honderdtachtig kalenderdagen, ingaand de dag na de limietdatum voor ontvangst van de offertes.

Op het eerste gezicht kan dan ook worden aangenomen dat de verwerende partij bij het nemen van de gunningsbeslissing rekening diende te houden met de verhoogde maximumbedragen en dat in het licht van het verbeterde offertebedrag van de gekozen inschrijver een erkenning in klasse 6 kon volstaan.

16. Een tweede kritiek van de verzoekende partij richt zich op de toepassing in het gunningsverslag van voormeld artikel 11, § 2, eerste lid, van de wet van 20 maart 1991 op basis waarvan de erkenningen van de twee deelgenoten van de gekozen inschrijver worden gecombineerd tot een erkenning in een verhoogde klasse.

De gekozen inschrijver is een tijdelijke maatschap. Het wordt niet betwist dat de bv Vanloot beschikt over een erkenning in categorie D, klasse 5. Uit de stukken van het administratief dossier en de ‘Databank erkende aannemers’ blijkt echter dat de bv D.K. niet beschikt over een erkenning in categorie D, maar wel onder meer in ondercategorie D1, klasse 5.

Een erkenning in een ondercategorie lijkt echter niet gelijkgeschakeld te kunnen worden met een erkenning in de hoofdcategorie.

Werken worden overeenkomstig hun aard ingedeeld in de in artikel 4 van het koninklijk besluit erkenning bepaalde categorieën en ondercategorieën, die door de bevoegde minister nader worden bepaald. Categorie D wordt in artikel 4 van het koninklijk besluit erkenning omschreven als ‘Algemene aannemingen van bouwwerken’, ondercategorie D1 als ‘Alle ruwbouwwerken en onder kap brengen van gebouwen’.

Uit een samenlezing van de Nederlandse en de Franse tekst van artikel 1, tweede lid, van het ministerieel besluit van 27 september 1991 ‘tot nadere bepaling van de indeling van de werken volgens hun aard in categorieën en ondercategorieën met betrekking tot de erkenning van de aannemers’ blijkt dat een “ondercategorie” wordt gekenmerkt door het feit dat gaat om werken van een bepaalde specialiteit of om werken die deel van een “categorie” vormen wanneer ze afzonderlijk worden aanbesteed. Uit het eerste lid van dit artikel blijkt dat een “categorie” wordt gekenmerkt hetzij door een complexe opdracht waarbij werken van verschillende aard worden uitgevoerd, die een coördinatie vergen, hetzij door werken die niet het voorwerp uitmaken van een bepaalde ondercategorie.

In artikel 5, § 2, van het koninklijk besluit erkenning is bepaald dat de erkenning in een categorie in beginsel geen erkenning met zich meebrengt in de daarbij horende ondercategorieën.

17. De bestreden beslissing lijkt aldus ten onrechte uit te gaan van een erkenning in categorie D in hoofde van de bv D.K. In zoverre in het gunningsverslag voor beide deelgenoten van de maatschap wordt verwezen naar een erkenning in categorie D, klasse 5, op basis waarvan met toepassing van voormeld artikel 11, § 2, eerste lid, van de wet van 20 maart 1991 voor de tm tot een erkenning in categorie D, klasse 6, wordt besloten, lijken de motieven geen steun te vinden in het administratief dossier.

Bovendien is nergens in het gunningsverslag sprake van ondercategorie D1, laat staan dat wordt uiteengezet waarom een erkenning in

ondercategorie D1, in afwijking van de in het bestek vermelde categorie D, zou volstaan.

Alleen al om die redenen lijkt de bestreden beslissing niet afdoende te motiveren waarom de gekozen inschrijver kon worden geacht te voldoen aan de selectiecriteria. Ook dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij de opdracht lijkt te hebben gegund zonder er op zorgvuldige wijze op te hebben 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.

18. Met de *post factum* stelling in de nota van de verwerende partij en het verzoekschrift tot tussenkomst dat een erkenning in categorie D1 zou volstaan, kan als dusdanig dan ook geen rekening worden gehouden.

Overigens lijkt op het eerste gezicht met de verzoekende partij te kunnen worden vastgesteld dat de opdracht als voorwerp heeft de ‘Realisatie nieuwbouw- pluimveestallen: ruwbouw en afwerking en technieken’ en dus een ruimer voorwerp lijkt te hebben dan hetgeen onder categorie D1 ‘Alle ruwbouwwerken en onder kap brengen van gebouwen’ wordt begrepen.

19. Het tweede middel is in de besproken mate ernstig.

VIII. Besluit

20. Het tweede middel is in de aangegeven mate ernstig bevonden. Nu het ernstig bevinden van het tweede middel volstaat ter verantwoording van de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing, is het niet nodig in te gaan op het eerste middel.

IX. Kosten

21. 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 Vanloot en de bv D.K. tot tussenkomst 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 van 5 juli 2024 waarbij de overheidsopdracht voor werken ‘Realisatie nieuwbouw- pluimveestallen: ruwbouw en afwerking en technieken’ wordt gegund aan de tm Vanloot-D’Haene.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op dertien augustus tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Tiny Temmerman,

De griffier

Tiny Temmerman

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos