

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.135 van 28 juni 2022
in de zaak A. 236.531/XII-9220**

In zake: de NV DAKWERKEN DE VROE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dennis De Grootte
kantoor houdend te 9820 Merelbeke
Bergbosstraat 277
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het GO! SCHOLENGROEP HET LEERCOLLECTIEF
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elke Casteleyn
kantoor houdend te 9160 Lokeren
Begijnhofstraat 8 bus 0003
Bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 mei 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Leercollectief van 27 april 2022, waarbij de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp de renovatie van de dakbedekking en het vernieuwen van het buitenschrijnwerk van de Sportbasisschool te Hamme (Dendermonde) wordt gegund aan de nv Radeca.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 juni 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dennis De Grootte, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Elke Casteleyn, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 met als voorwerp “Renovatie dakbedekking en vernieuwen buitenschrijnwerk - Sportbasisschool”.

De opdracht wordt geplaatst met toepassing van een openbare procedure waarbij slechts één gunningscriterium, de prijs, wordt gehanteerd.

3.2. Op de opdracht is het bestek nr. 21-HVAS-Renovatie van toepassing.

Het bestek vermeldt onder rubriek I.5, “Uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie”, de toepasselijke eisen betreffende de uitsluitingsgronden en selectiecriteria. Daarin wordt bepaald dat de inschrijver zich niet mag bevinden in één van de in de artikelen 67 tot 69 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ bedoelde situaties, waarmee verwezen wordt naar respectievelijk de verplichte uitsluitingsgronden, de uitsluitingsgronden in verband met fiscale en sociale schulden en de facultatieve uitsluitingsgronden. In punt I.5.1 wordt toegelicht dat voor zover het gaat om uitsluitingsgronden die bewezen worden aan de hand van documenten die de aanbestedende overheid zelf kan opvragen via elektronische weg – het RSZ-atteest, het attest van fiscale

schulden en het attest van niet-faillissement – de inschrijver door in te schrijven op deze opdracht verklaart dat geen uitsluitingsgrond op hem van toepassing is.

3.3. Uit het verslag van nazicht van de offertes van 27 april 2022, opgesteld door het architectenbureau dat met het ontwerpen van het project belast is, blijkt dat zeven offertes werden ingediend. Met betrekking tot het “administratief nazicht” van de offertes vermeldt het verslag “ok” bij een aantal administratieve verplichtingen, waaronder het “uittreksel uit het strafregister”. Inzake het “attest RSZ”, het “attest FOD Financiën” en het “attest niet-faillissement” vermeldt het echter: “te controleren via Telemarc”. In de conclusie van dit administratief nazicht wordt o.m. gesteld: “Het opdrachtgevend bestuur dient vóór gunning te consulteren en op te vragen: RSZ-attest, attest FOD Financiën en attest niet-faillissement.”

Het verslag concludeert dat de offerte van de nv Radeca “volledig ontvankelijk en de laagstbiedende offerte is”. Aan die conclusie wordt evenwel het volgende toegevoegd:

“Een voorbehoud wordt geformuleerd betreffende het al dan niet vallen van de inschrijvers onder de in artikel 67-69 Wet en artikel 39 § 1 KB Plaatsing vermelde verplichte uitsluitingsgronden. Dienaangaande dient een uittreksel uit het strafregister opgevraagd te worden door de aanbestedende overheid, vooraleer de opdracht als dusdanig toe te wijzen. Ook een attest niet-faillissement dient opgevraagd te worden vooraleer de opdracht toe te wijzen.

We wijzen de aanbestedende overheid erop om in het kader van het administratief nazicht een attest ‘FOD Financiën’ en ‘RZS-attest’ van het laatste afgelopen kalenderkwartaal (1^e kwartaal 2022) op te vragen, en dit minstens voor de inschrijver die voor de gunning in aanmerking komt.”

3.4. Op 11 mei 2022 beslist de verwerende partij, met verwijzing naar het verslag van nazicht, om de opdracht te gunnen aan de nv Radeca.

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Met een schrijven van 11 mei 2022 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij de opdracht “heeft gegund aan een andere inschrijver”. Zij deelt ook mee dat de verzoekende partij de gemotiveerde beslissing kan opvragen.

Met een mailbericht van 16 mei 2022 vraagt de verzoekende partij de gemotiveerde beslissing op. Met een mailbericht van 19 mei 2022 deelt de verwerende partij het verslag van nazicht mee.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij niet beschikt over het rechtens vereiste belang bij haar vordering. Volgens de verwerende partij blijkt uit het administratief dossier afdoende dat de gekozen inschrijver zich niet in een situatie van uitsluiting bevindt, zodat vaststaat dat de opdracht aan de correcte inschrijver werd gegund. Een nieuwe, desgevallend meer uitgebreide beslissing, zal aan deze vaststelling niets wijzigen. De verzoekende partij ondervindt dan ook geen nadeel van de bestreden beslissing dat door een latere nietigverklaring en bijgevolg door de gevraagde schorsing zou kunnen worden tegengegaan.

5. De exceptie hangt samen met één van de grieven die worden ingeroepen in het enig middel. De exceptie lijkt dan ook eerder betrekking hebben op de ontvankelijkheid van het middel. De Raad van State zal in dat kader over de exceptie uitspraak doen.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. 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’, 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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel, de motiveringsverplichting, het vertrouwensbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, en van de artikelen 67 tot 69 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en de artikelen 62, § 2, en 63, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017).

De verzoekende partij voert in hoofddorde aan dat de bestreden beslissing onwettig is doordat deze geen enkele indicatie bevat van enig onderzoek naar de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden. In het bijzonder bevat ze geen enkele indicatie van enig onderzoek naar de fiscale en sociale schulden, en bevinden de vereiste documenten zich evenmin in het dossier. Aldus heeft de verwerende partij nagelaten om binnen de wettelijke termijn na te gaan of de inschrijvers zich bevinden in een situatie waarin zij, omwille van fiscale of sociale schulden, moeten worden uitgesloten van de opdracht. De verzoekende partij verwijst voorts ook naar het verslag van nazicht in zoverre dit aangeeft dat de verwerende partij nog een uittreksel uit het strafregister en een attest van niet-faillissement dient op te vragen. Zij voert aan dat de impliciete verklaring op erewoord dat de inschrijver zich niet bevindt in één van de uitsluitingsgevallen, bedoeld in artikel 39, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, niet tot gevolg heeft dat geen controle van de uitsluitingsgronden meer moet gebeuren.

Bijkomend voert de verzoekende partij aan dat de bestreden beslissing niet afdoende is gemotiveerd doordat de verwerende partij haar slechts het verslag van nazicht, doch niet de gunningsbeslissing zelf heeft meegedeeld. Op die wijze wordt het de verzoekende partij onmogelijk gemaakt om kennis te nemen van de inhoud en de motivering van de bestreden beslissing.

Beoordeling

Nazicht van de uitsluitingsgronden

8. Artikel 67 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat inschrijvers die voor bepaalde misdrijven veroordeeld zijn, van deelname aan de plaatsingsprocedure worden uitgesloten. Artikel 68 bepaalt hetzelfde ten aanzien van inschrijvers die niet blijken te voldoen aan hun verplichtingen tot betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen. Artikel 69 bepaalt dat de aanbestedende overheid een inschrijver in een aantal andere gevallen kan uitsluiten, waaronder het geval dat die inschrijver zich in staat van faillissement verkeert (artikel 69, eerste lid, 2°).

Overeenkomstig artikel 39, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 vormt het loutere feit van de indiening van de aanvraag tot deelneming of van de offerte, voor de opdrachten waarvan het geraamd bedrag lager is dan de drempels voor de Europese bekendmaking, de impliciete verklaring op erewoord van de kandidaat of van de inschrijver dat hij zich niet bevindt in één van de uitsluitingsgevallen bedoeld in de artikelen 67 tot 69 van de wet overheidsopdrachten 2016.

Overeenkomstig artikel 62, § 2, van het voormelde koninklijk besluit dient de aanbestedende overheid de toestand op het vlak van de sociale schulden van de inschrijvers te verifiëren op basis van de attesten die elektronisch beschikbaar zijn via de Telemarc-toepassing. Deze verificatie gebeurt binnen de twintig dagen na de uiterste datum voor het indienen van de offertes. Artikel 63, § 2, van het voormelde koninklijk besluit bevat eenzelfde verplichting voor het verifiëren van de fiscale toestand.

Artikel 72, § 2, van het voormelde koninklijk besluit bepaalt dat “als voldoende bewijs dat de ondernemer niet verkeert in een van de in de artikelen 67, 68 en 69, eerste lid, 2°, van de wet bedoelde situaties” door de aanbestedende overheid wordt aanvaard, “1° voor de in artikel 67 van de wet bedoelde verplichte uitsluitingsgronden, een uittreksel uit het desbetreffende register, zoals een uittreksel uit het strafregister of, bij gebreke daarvan, een

gelijkwaardig document dat is afgegeven door een bevoegde rechterlijke of administratieve instantie van het land van oorsprong of het land waar de ondernemer is gevestigd, waaruit blijkt dat aan de betrokken eisen is voldaan”, en “2° voor de artikelen 68 en 69, eerste lid, 2°, van de wet, een door de bevoegde instantie van het betrokken land afgegeven certificaat”.

9. De formelemotiveringsplicht lijkt niet te vereisen dat het onderzoek dat de aanbestedende overheid voert naar de uitsluitingsgronden in extenso wordt weergegeven in de bestreden beslissing. Wel moet uit het administratief dossier blijken dat wel degelijk is nagegaan of de inschrijvers zich niet in een toestand van uitsluiting bevinden en dat er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen.

Het volstaat vanuit het oogpunt van de op de aanbestedende overheid rustende verplichting om haar beslissing met redenen te omkleden, dat uit die beslissing blijkt – of minstens kan worden afgeleid – dat is nagegaan of de inschrijvers zich niet bevinden in een toestand van uitsluiting. Ook wanneer inschrijvers een (impliciete) verklaring op erewoord hanteren, moet de aanbestedende overheid de controle op het vlak van de uitsluitingsgronden voeren.

10. Te dezen bevat het verslag van nazicht van 27 april 2022, waarnaar de bestreden beslissing verwijst, een overzicht van het administratief nazicht van de offertes. Uit dit overzicht lijkt, op het eerste gezicht, te kunnen worden afgeleid dat een onderzoek is gevoerd naar de uitsluitingsgronden. Dit onderzoek resulteert voor een aantal uitsluitingsgronden, waaronder het uittreksel uit het strafregister, voor elke inschrijver in de vermelding “ok”, waaruit op het eerste gezicht kan worden afgeleid dat het onderzoek voor die uitsluitingsgronden geen aanleiding heeft gegeven tot bijzondere problemen. Wat echter de uitsluitingsgronden betreft die betrekking hebben op de sociale en fiscale schulden en het faillissement, vermeldt het verslag van nazicht telkens, voor elke inschrijver, “te controleren via Telemarc”. In de conclusie van het verslag wordt een voorbehoud gemaakt met betrekking tot het uittreksel uit het strafregister, het attest niet-faillissement, het sociaal attest en het fiscaal attest. Er wordt gesteld

dat de aanbestedende overheid elk van die attesten moet opvragen, tenminste voor wat de gekozen inschrijver betreft.

11. Wat betreft het uittreksel uit het strafregister, wordt in het verslag van nazicht, meer bepaald bij het administratief nazicht, in dit verband voor elk van de inschrijvers “ok” vermeld. Die vermelding lijkt te volstaan om aan te geven dat het nazicht heeft plaatsgevonden en dat daarbij geen problemen zijn gebleken. Overigens blijkt uit het administratief dossier dat de gekozen inschrijver, zoals gevraagd in het bestek (punt 1.5.I.), een uittreksel uit het strafregister bij zijn offerte heeft gevoegd. De vermelding “ok” lijkt dan ook terecht. Er is voorts geen bepaling die met betrekking tot dit gegeven aan de aanbestedende overheid een bijzondere verificatieverplichting oplegt.

In zoverre is het middel niet ernstig.

12. Wat betreft de overige attesten, blijkt uit het administratief dossier, en meer bepaald uit de offerte van de gekozen inschrijver, dat bij die offerte een attest inzake sociale schulden, een attest inzake fiscale schulden en een attest niet-faillissement is gevoegd. Het attest sociale schulden dateert van 24 januari 2022 en vermeldt dat de gekozen inschrijver tot en met het derde kwartaal 2021 geen bijdrageschuld heeft. Het attest fiscale schulden dateert van 24 januari 2022 en vermeldt dat geen fiscale schulden boven 3000 euro verschuldigd zijn. Het attest niet-faillissement dateert van 26 maart 2020 en vermeldt dat de gekozen inschrijver gedurende de laatste vijf jaar vóór die datum niet in staat van faillissement werd verklaard en tot op de voormelde datum ook geen procedure inzake de continuïteit van ondernemingen heeft ingediend.

Op het eerste gezicht kan evenwel uit het administratief dossier niet worden afgeleid dat de verwerende partij de sociale en fiscale toestand van de gekozen inschrijver heeft geverifieerd zoals opgelegd bij artikel 62, § 2, en artikel 63, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Evenmin kan daaruit worden afgeleid dat de recente toestand van de gekozen inschrijver inzake faillissement is geverifieerd.

In haar nota voert de verwerende partij aan dat zij wel degelijk na opening van de offertes de uitsluitingsgronden in hoofdte van alle inschrijvers

heeft geconsulteerd en gecontroleerd. Zij heeft echter, na vastgesteld te hebben dat er geen probleem rees, de betrokken attesten helaas niet opgeslagen.

Die verklaring neemt niet weg dat noch uit het verslag van nazicht, noch uit de bestreden beslissing, blijkt dat de verwerende partij vóór het nemen van de gunningsbeslissing zich ervan vergewist heeft dat de gekozen inschrijver zich niet in een geval van uitsluiting bevond. Nochtans waren de sociale schulden, de fiscale schulden en een eventueel faillissement aangelegenheden die de opstellers van het verslag van nazicht uitdrukkelijk aan de verificatie door de verwerende partij hadden overgelaten.

Op het eerste gezicht kan dan ook met de verzoekende partij worden aangenomen dat de verwerende partij is tekortgekomen aan de op haar rustende verplichting om, vóór het nemen van de gunningsbeslissing, de toestand van de gekozen inschrijver inzake sociale en fiscale schulden en inzake faillissement na te gaan, of minstens, dat uit het administratief dossier niet blijkt dat zij die verplichting effectief is nagekomen.

13. Nadat de vordering tot schorsing ter kennis is gebracht van de verwerende partij, heeft de verwerende partij de attesten met betrekking tot de gekozen inschrijver evenwel opnieuw opgevraagd. Zij heeft die attesten bij het administratief dossier gevoegd. Een attest van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid van 7 juni 2022 vermeldt dat de gekozen inschrijver tot en met het eerste kwartaal 2022 geen bijdrageschuld heeft. Een attest van de FOD Financiën van 9 juni 2022 vermeldt dat de gekozen inschrijver geen fiscale schulden heeft van meer dan 3000 euro. Een attest van de Kruispuntbank van Ondernemingen van 9 juni 2022 vermeldt dat de gekozen inschrijver zich niet bevindt in een toestand van liquidatie, gerechtelijk akkoord of faillissement.

14. Aldus blijkt uit de attesten door de gekozen inschrijver gevoegd bij zijn offerte, enerzijds, en uit de recente attesten bijgebracht door de verwerende partij, anderzijds, dat de gekozen inschrijver zich noch op 24 januari 2022, noch op 7 respectievelijk 9 juni 2022, in een toestand bevond inzake sociale of fiscale schulden op grond waarvan hij zou moeten worden uitgesloten van de opdracht. Wat betreft de toestand inzake faillissement, blijkt uit die attesten dat de gekozen inschrijver zich noch op 26 maart 2020, noch op 9 juni

2022, in een toestand van faillissement of andere toestand bevond op grond waarvan hij kon worden uitgesloten.

Hieruit lijkt te volgen dat, ook al zou de verwerende partij zijn tekortgekomen aan haar verificatieverplichting, deze tekortkoming geen invloed heeft kunnen uitoefenen op de inhoud en de draagwijdte van de bestreden beslissing, die op 11 mei 2022 is genomen. Derhalve lijkt de verzoekende partij geen belang te hebben bij haar middel.

In zoverre is de exceptie van onontvankelijkheid van het middel bijgevolg gegrond.

Kennisgeving van de bestreden beslissing

15. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij haar niet de bestreden beslissing, doch enkel het verslag van nazicht ter kennis heeft gebracht, moet opgemerkt worden dat gebreken in de kennisgeving de regelmatigheid van de beslissing zelf, vanuit het oogpunt van de formele motivering, niet in het gedrang brengen. De formele motivering van een individuele beslissing dient immers te worden onderscheiden van de kennisgeving van die beslissing.

Dit klemmt te dezen des te meer nu de motieven van de bestreden beslissing zich bevinden in het verslag van nazicht, dat wel degelijk ter kennis van de verzoekende partij is gebracht. Door de kennisgeving van het verslag heeft de verzoekende partij met kennis van zaken haar verzoekschrift kunnen opstellen.

Overigens moet opgemerkt worden dat de verwerende partij de bestreden gunningsbeslissing bij het administratief dossier gevoegd heeft, en de verzoekende partij daarvan door inzage van dat dossier kennis heeft kunnen nemen.

In zoverre is het middel niet ernstig.

VII. Besluit

16. Nu het middel gedeeltelijk onontvankelijk en gedeeltelijk niet ernstig is gebleken, dient de vordering tot schorsing te worden verworpen.

17. Op het ogenblik dat de verzoekende partij haar vordering instelde, toen zij enkel kennis had van het verslag van nazicht, kon zij niet weten of de verwerende partij vóór het nemen van de bestreden beslissing haar verificatieverplichting in verband met het ‘RSZ-attest’, het attest ‘FOD Financiën’, en het attest ‘niet-faillissement’ al dan niet was nagekomen. In zoverre het door haar ingeroepen middel betrekking heeft op die verificatieverplichting, is het bovendien onontvankelijk verklaard op grond van attesten die de verwerende partij pas na het instellen van de vordering heeft opgevraagd en bij het administratief dossier gevoegd.

In die omstandigheden past het de kosten van de vordering ten laste van de verwerende partij te leggen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achtentwintig juni tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens