

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 259.840 van 24 mei 2024
in de zaak A. 234.553/XII-9134**

In zake : de NV SPORTINFRABOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen - Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de GEMEENTE ELSENE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Katrijn Vermeulen en Patrick Thiel
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 185
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV SCHEERLINCK SPORT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 september 2021, strekt tot de nietigverklaring van “[d]e beslissing d.d. 22 juni 2021 van de gemeente Elsene, zoals gevoegd bij het aangetekend schrijven van de gemeente Elsene d.d. 16 juli 2021, waarbij wordt beslist om de overheidsopdracht voor werken ‘Vervanging van de synthetische bekleding en herstelling van het sproeisysteem van het hockeyveld in het gemeentelijke stadion ‘Albert Demuyter’, Voltastraat 18 te 1050 Elsene en onderhoud ervan (perceel 1) én de herstelling van de aangrenzende omheiningen (perceel 2)’ (bestek nr. 2021-025) voor wat betreft perceel 1 te

gunnen aan Scheerlinck Sport, Koewijdestraat 54 te 1785 Merchtem [...] en niet aan verzoekende partij”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De nv Scheerlinck Sport heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 7 december 2021. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 februari 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Geert Van Engelgem, die *loco* advocaat Joris Wouters verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Ann-Sofie Custers, die *loco* advocaten Katrijn Vermeulen en Patrick Thiel verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Victoire Willemot, die *loco* advocaat Philippe Van Wesemael verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De gemeente Elsene schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp de vervanging van de synthetische bekleding en herstelling van het sproeisysteem van het hockeyveld in het gemeentelijke stadion “Albert Demuyter”, Voltastraat 18 te 1050 Elsene, en onderhoud ervan (perceel 1), en voor de herstelling van de aangrenzende omheiningen (perceel 2).

De onderhavige procedure heeft uitsluitend betrekking op perceel 1 van de opdracht.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

De opdracht wordt op 2 april 2021 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. In het op de opdracht toepasselijk bijzonder bestek wordt het voorwerp van de opdracht als volgt omschreven:

“ De opdracht is een overheidsopdracht voor werken met als voorwerp
- de vervanging van de synthetische bekleding en herstelling van het sproeisysteem van het hockeyveld van het gemeentelijke stadion ‘Albert Demuyter’, Voltastraat 18 te 1050 Elsene en onderhoud ervan (perceel 1),
- de herstelling van bepaalde aangrenzende omheiningen en panelen achter het doel (perceel 2).

Bovendien is perceel 1 in 4 gedeelten onderverdeeld, één vast en de overige voorwaardelijk:

Vast gedeelte

Het vaste gedeelte betreft de vervanging van de synthetische bekleding van het hockeyveld van het gemeentelijke stadion. De nieuwe bekleding bestaat uit een kunstgrassysteem voor hockey van de derde generatie, bestaande uit een geotextielmembraan en een kunstgrasmat.

Voorwaardelijk gedeelte nr. 1:

Voorwaardelijk gedeelte nr. 1 betreft het onderhoud van de nieuwe bekleding van het hockeyveld tijdens de waarborgtermijn van 10 jaar. De noodzakelijke voorwaarde om het voorwaardelijk gedeelte te bestellen is de toekenning van de voorlopige oplevering van het vast gedeelte van de opdracht.

Voorwaardelijk gedeelte nr. 2

Voorwaardelijk gedeelte nr. 2 betreft het onderhoud van het hockeyveld voor een duur van 2 extra jaren, na het verstrijken van de waarborgtermijn. De aanbestedende overheid zal de staat van het veld na de waarborgtermijn van 10 jaar controleren, met name op vlak van de kenmerken inzake de kwaliteit van de spelcondities. De noodzakelijke voorwaarde om dit gedeelte [...] te bestellen houdt in dat de staat van het veld voldoende goed is om voor een bijkomende duur van twee jaar te worden gebruikt.

Voorwaardelijk deel nr. 3

Voorwaardelijk gedeelte nr. 3 betreft het onderhoud van het hockeyveld voor een duur van 2 extra jaren, na het verstrijken van de uitvoeringstermijn van voorwaardelijk gedeelte nr. 2.

De aanbestedende overheid zal de staat van het veld na de uitvoeringstermijn van voorwaardelijke gedeelte nr. 2 controleren, met name op vlak van de kenmerken inzake de kwaliteit van de spelcondities. De noodzakelijke voorwaarde om dit gedeelte [...] te bestellen houdt in dat de staat van het veld voldoende goed is om voor een bijkomende duur van twee jaar te worden gebruikt.”

De prijs is het enige gunningscriterium.

Luidens het bestek zijn er geen vereiste noch toegestane varianten. Vrije varianten op initiatief van de inschrijver zijn verboden.

Wat de vereiste technische specificaties betreft, verwijst het bijzonder bestek naar de technische bepalingen. Daarbij wordt opgemerkt dat de bepalingen en voorwaarden uit andere typedocumenten, opgenomen in de technische bepalingen van het bijzonder bestek, eveneens in overweging moeten worden genomen.

Wat de regelmatigheid van de offertes betreft, bepaalt het bijzonder bestek:

“De offertes van de inschrijvers worden onderzocht op regelmatigheid. Op basis van artikel 76, § 5 van het KB van 18 april 2017 zal de aanbestedende overheid beslissen:

- hetzij de substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren,
 - hetzij te vragen deze substantiële onregelmatigheid te regulariseren.
- Hetzelfde geldt indien de offerte meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat, wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in artikel 76, § 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweegbrengt.”

De technische bepalingen voor post 7, die betrekking heeft op de plaatsing van de synthetische bekledingsmat, luiden als volgt:

“Post 7

Plaatsing van de synthetische bekledingsmat; met inbegrip van de spelbelijning voor hockeyvelden (afbakening, lijnen en cirkels, ...); juniorencirkels in de breedte; er moeten 4 cirkels voorzien worden zodat de junioren in de breedte van het veld kunnen spelen. Die cirkels moeten in een andere kleur zijn dan de hoofdmarkering.

Deze post voorziet de levering en plaatsing van een synthetische bekledingsmat van de derde generatie speciaal bestudeerd voor de hockeysport én de plaatsing van een beschermingsgeotextiel tussen de schokdempende laag en de kunstgrasmat.

Alle spelbelijning en -markering, zoals vermeld in de titel van de post, moet in de bekleding begrepen zijn en dient te voldoen aan de regels van het hockeyspel.

De plukken kunstgras (velours) worden door middel van tuften of knopen in een kunststofstructuur ingewerkt (rug). De achterkant van die rug krijgt een coating om de plukken vast te zetten of om een schokdempende laag te vormen.

De firma is verplicht een ‘globaal’ FIH-laboratoriumrapport van het voorgestelde product bij haar offerte te voegen.

Het kunstgras moet aan onderstaande vereisten voldoen:

- Fabricatietechniek: tuften velours
- Vezelstructuur: 100% monofilament
- Vezelsamenstelling: 100 % polyethyleen
- Vezeldikte min. 150µ
- Hoogte velours boven de rug: Tussen 12 en 14 mm
- Vezelgewicht: Min. 2.000 gr/m²
- Aantal plukken/m²: Min. 75.000
- Aantal vezeltjes/m²: Min. 1.200.000 vezeltjes/m²
- Totaal gewicht: Min. 3.500 gr/m²”.

3.3. Op 3 mei 2021 worden de offertes geopend en een proces-verbaal van opening gegenereerd via het elektronisch platform van e-tendering.

Voor perceel 1 dienen drie inschrijvers een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de tussenkomende partij.

Voor perceel 2 dient uitsluitend de verzoekende partij een offerte in.

3.4. Op 18 juni 2021 wordt een gunningsverslag opgesteld. Uit het gunningsverslag blijkt dat er aanvankelijk bij alle drie de inschrijvers een aantal onregelmatigheden werden vastgesteld en dat, wat de substantiële onregelmatigheden betreft, aan de inschrijvers de mogelijkheid werd geboden deze te regulariseren. Met betrekking tot de offerte van de gekozen inschrijver wordt hieromtrent het volgende vermeld in het gunningsverslag:

“Bepaalde onnauwkeurigheden en onregelmatigheden werden vastgesteld bij de analyse van de offerte ingediend voor perceel 1. Het gaat om volgende onnauwkeurigheden en onregelmatigheden:

1. Ontbreken van het FIH-laboratoriumrapport

Op pagina 45 van het bijzondere bestek staat: ‘De firma is verplicht een ‘globaal’ FIH-laboratoriumrapport van het voorgestelde product bij haar offerte te voegen’. Een ‘globaal’ FIH-laboratoriumrapport van het voorgestelde product moest dus verplicht bij de offerte gevoegd worden. De inschrijver heeft het document niet ingediend. Het betreft een substantiële onregelmatigheid in de zin van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren. Het ontbreken van het laborapport maakt de verbintenis van inschrijver SCHEERLINCK om de opdracht uit te voeren tegen de voorwaarden voorzien in de opdrachtdocumenten onzeker en onvolledig. Op 12 mei 2021 heeft de aanbestedende overheid inschrijver SCHEERLINCK de mogelijkheid geboden om zijn offerte te regulariseren door het gevraagde rapport bij zijn offerte te voegen. Op 19 mei 2021 heeft de inschrijver per mail geantwoord. Het ‘globaal’ FIH-laboratoriumrapport van het voorgestelde product werd door de inschrijver ingediend, zoals gevraagd door de aanbestedende overheid.

2. Ontbreken van informatie over de technische vereisten van het kunstgras

In het bijzondere bestek (p. 45.1 Vast gedeelte - Vervanging van de synthetische bekleding, post 7) staan de technische specificaties waaraan het kunstgras moet voldoen:

‘Het kunstgras moet aan onderstaande vereisten voldoen:

- Fabricatietechniek: tuften velours
- Vezelstructuur: 100% monofilament
- Vezelsamenstelling: 100 % polyethyleen
- Vezeldikte min. 150µ
- Hoogte velours boven de rug: Tussen 12 en 14 mm
- Vezelgewicht: Min. 2.000 gr/m²

- Aantal plukken/m²: Min. 75.000
- Aantal vezeltjes/m²: Min. 1.200.000 vezeltjes/m²
- Totaal gewicht: Min. 3.500 gr/m²,

Die specificaties blijken niet uit zijn offerte.

Op 12 mei 2021 werd de inschrijver verzocht bijkomende informatie over zijn offerte te geven. Het antwoord moest uiterlijk op 19 mei 2021 verstuurd worden. Op 18 mei 2021 heeft de inschrijver de gevraagde specificaties bezorgd. Inzake de technische kenmerken van het kunstgras bedraagt het vezelgewicht zoals door de inschrijver opgegeven in zijn offerte 1875g/m². Het laboratorium van Universiteit Gent - ERCAT geeft dan weer een vezelgewicht van 1992 gr/m² aan. In het bijzondere bestek werd een minimum van 2.000 gr/m² geëist. Het betreft een onregelmatigheid maar die wordt als niet-substantieel beschouwd omdat de kenmerken van de dichtheid van het tapijt (aantal plukken en vezeltjes per m²) en de hoogte en dikte van de vezels zeer goed zijn. Het vezelgewicht ligt ongeveer 6,5% lager dan gevraagd en volgens het laboratoriumrapport (gemeten op 1992 gr/m²) bedraagt het verschil minder dan 1%, hetgeen verwaarloosbaar is. Het zou onevenredig zijn om deze offerte op basis van zulk een klein verschil ten opzichte van het bijzondere bestek te weren, op grond van het proportionaliteitsbeginsel voorzien in artikel 4, eerste lid van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten waarin bepaald wordt: 'De aanbesteders behandelen de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze. '.

Op basis van artikel 76 alinea 5 van het KB van 18 april 2017 beslist de aanbestedende overheid de offerte als behept met een niet-substantiële onregelmatigheid te verklaren. De onregelmatigheid is niet van aard de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken. Die niet-substantiële onregelmatigheid leidt niet tot de nietigheid van de offerte.

3. Geen vermelding van de waarborg van 10 jaar

[...]

4. Ontbreken van de FIH-erkenningsattesten (criterium nr. 2: referentielijst)

[...]”

Met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij wordt hieromtrent het volgende vermeld in het gunningsverslag:

“Er werden onregelmatigheden vastgesteld bij de analyse van de offerte ingediend voor perceel 1. Het gaat om volgende onregelmatigheden:

1. Ontbreken van het FIH-laboratoriumrapport

Op pagina 45 van het bijzondere bestek staat: ‘De firma is verplicht een ‘globaal’ FIH-laboratoriumrapport van het voorgestelde product bij haar offerte te voegen’. Een ‘globaal’ FIH-laboratoriumrapport van het

voorgestelde product moest dus verplicht bij de offerte gevoegd worden. De inschrijver heeft het document niet ingediend. Het betreft een substantiële onregelmatigheid in de zin van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren. Het ontbreken van het laborapport maakt de verbintenis van inschrijver SPORTINFRABOUW om de opdracht uit te voeren tegen de voorwaarden voorzien in de opdrachtdocumenten onzeker en onvolledig. Op 12 mei 2021 heeft de aanbestedende overheid inschrijver SPORTINFRABOUW de mogelijkheid geboden om zijn offerte te regulariseren door het gevraagde rapport bij zijn offerte te voegen. Op 19 mei 2021 heeft de inschrijver per mail geantwoord. Het 'globaal' FIH-laboratoriumrapport van het voorgestelde product werd door de inschrijver ingediend, zoals gevraagd door de aanbestedende overheid.

2. Niet-naleving van bepaalde technische vereisten voor het kunstgras.

In het bijzondere bestek stonden de technische specificaties vermeld waaraan het kunstgras moet voldoen

'Het kunstgras moet aan onderstaande vereisten voldoen:

- Fabricatietechniek: tuften velours
- Vezelstructuur: 100% monofilament
- Vezelsamenstelling: 100 % polyethyleen
- Vezeldikte min. 150µ
- Hoogte velours boven de rug: tussen 12 en 14 mm
- Vezelgewicht: Min. 2.000 gr/m²
- Aantal plukken/m²: Min. 75.000
- Aantal vezeltjes/m²: Min. 1.200.000 vezeltjes/m²
- Totaal gewicht: Min. 3.500 gr/m²,

Voor de vezelstructuur van het kunstgrasveld vermeldt de technische fiche van de inschrijver voor het voorgestelde product 8 filamenten terwijl in het bijzondere bestek stond dat het 100% monofilament moet zijn. Voor de vezeldikte van het veld vermeldt de technische fiche 140µ terwijl in het bijzondere bestek stond dat het minstens 150 µ moet zijn.

Het betreft een substantiële onregelmatigheid in de zin van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren. Het ontbreken van het laborapport maakt de verbintenis van inschrijver SPORTINFRABOUW om de opdracht uit te voeren tegen de voorwaarden voorzien in de opdrachtdocumenten onvolledig.

Op 12 mei 2021 werd de inschrijver verzocht zijn offerte te regulariseren, rekening houdend met de opmerkingen omtrent de mogelijke onregelmatigheden zoals hierboven vermeld. Het antwoord moest uiterlijk op 19 mei 2021 verstuurd worden.

Op 18 mei 2021 heeft de inschrijver per mail geantwoord. Zoals door de aanbestedende overheid gevraagd, heeft SPORTINFRABOUW zijn offerte geregulariseerd door de gevraagde elementen inzake de technische vereisten van het kunstgras over te maken - vezelstructuur en -dikte (zie tabel: technische overeenstemming na regularisatie)."

‘Overeenstemming met de technische specificaties (na regularisatie)’ die onder meer de volgende vermeldingen bevat:

“

Namen van de inschrijvers	[...]	Vezelstructuur	Vezeldikte	Vezel-gewicht	[...]
BESTEK		100% monofilament	Min 150µ	Min. 2.000 gr/m ²	
[...]					
SCHEERLINCK SPORT		OK	OK (160µ)	OK (1875 gr/m ² / 1992 gr/m ² volgens de metingen van het labo	
SPORTINFRA-BOUW		OK	OK (150µ)	OK (2.044 gr/m ²)	

[...]”

De conclusie in het gunningsverslag over de regelmatigheid van de offertes van de voormelde inschrijvers, wat perceel 1 van de opdracht betreft, luidt als volgt:

“De offerte van inschrijver SCHEERLINCK SPORT bevat, na regularisatie, geen substantiële onregelmatigheden en is dus regelmatig.
De offerte van inschrijver SPORTINFRABOUW bevat, na regularisatie, geen substantiële onregelmatigheden en is dus regelmatig.”

De offertes voor perceel 1 worden in het gunningsverslag vervolgens als volgt gerangschikt:

Naam van de inschrijvers	Bedrag ZBTW	Bedrag BTWI	Rangschikking
SCHEERLINCK SPORT	273.252,00 EUR ZBTW	330.634,92 EUR BTWI (21%)	1
SPORTINFRABOUW	297.650,00 EUR ZBTW	360.156,50 EUR BTWI (21%)	2

Aldus wordt voorgesteld om perceel 1 van de opdracht te gunnen aan de nv Scheerlinck Sport.

3.5. Op 22 juni 2021 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Elsene om het gunningsverslag goed te keuren en

perceel 1 van de opdracht te gunnen aan de nv Scheerlinck Sport.

Dit is de bestreden beslissing.

Perceel 2 wordt gegund aan de verzoekende partij.

3.6. Met een aangetekend schrijven van 16 juli 2021 wordt de bestreden beslissing, samen met het integrale gunningsverslag, meegedeeld aan de verzoekende partij.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 43, § 1, en 44, §§ 1 en 2, alsook artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het beginsel *patere legem quam ipse fecisiti* en de materiële en de formele motiveringsplicht,

“Doordat de verwerende partij de opdracht voor wat betreft Perceel 1 heeft gegund aan de nv Scheerlinck Sport en daarbij motiveert dat het indieningsrapport is ondertekend door [A.M.], afgevaardigd bestuurder van de nv Scheerlinck Sport en dat de offerte van de nv Scheerlinck Sport derhalve behoorlijk ondertekend is;

Terwijl het bestek van toepassing op de opdracht uitdrukkelijk vermeldt onder de Titel ‘Indieningsmodaliteiten voor de offertes’ dat de documenten in hun geheel ondertekend moeten worden door een gekwalificeerde elektronische handtekening te plaatsen op het indieningsrapport, dat dit indieningsrapport elektronisch ondertekend dient te worden door de persoon die bevoegd of gemachtigd is om de inschrijver te verbinden en dat de gemachtigde duidelijk zijn volmachtgever dient te vermelden; Dat deze bestekbepalingen hun oorsprong vinden in de artikelen 43 en 44 KB Plaatsing; Dat hetzelfde KB Plaatsing onder artikel 76 bepaalt dat bij niet-naleving van de vereisten inzake ondertekening, de offerte substantieel onregelmatig is; Dat uit het PV van opening blijkt dat niet [A.M.] het indieningsrapport en dus de offerte heeft ondertekend doch wel [X.K.]; Dat

[X.K.] geen afgevaardigd bestuurder is binnen de nv Scheerlinck Sport; Dat verder uit niets blijkt dat [X.K.] bevoegd of gevolmachtigd was de offerte te ondertekenen; Dat de offerte van de nv Scheerlinck Sport derhalve substantieel onregelmatig was en dat uit niets blijkt dat deze substantiële onregelmatigheid is geregulariseerd; Dat de opdracht voor wat betreft Perceel 1 niet mocht gegund worden aan de nv Scheerlinck Sport; Dat verwerende partij nergens motiveert waarom de offerte van de nv Scheerlinck Sport alsnog als regelmatig mocht worden aanvaard.”

4.2. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij op dat zowel de verwerende partij als de tussenkommende partij in hun memories bepleiten dat er sprake zou zijn van een bijzondere volmacht aan de betrokken persoon, en dat zij betogen dat, zelfs indien de Raad van State zou oordelen dat de volmacht niet werd ondertekend door de daartoe bevoegde personen, de tussenkommende partij op zijn minst de verleende volmacht stilzwijgend zou hebben bekrachtigd. Volgens de verzoekende partij gaat het hier om een *post factum* stelling.

Het stuk waaruit de bijzondere volmacht moet blijken is niet gedateerd en uit niets blijkt dat deze volmacht bij de offerte was gevoegd op het ogenblik van de indiening. Uit het verslag van nazicht blijkt het tegendeel, aangezien daarin geen melding is gemaakt van enige volmacht waarover X.K. zou beschikken. In dit verslag wordt integendeel melding gemaakt van A.M., wat in strijd is met de argumentatie ontwikkeld in de memorie van antwoord.

4.3. In de laatste memorie stelt de verzoekende partij dat zij geen nazicht kan doen van de offerte zoals ingediend en dat zij zich derhalve gedraagt naar de wijsheid van de Raad van State over de behoorlijke ondertekening van het indieningsrapport. Wel staat het volgens haar vast dat de informatie in het gunningsverslag, waarop zij het indienen van haar annulatieberoep heeft gesteund, onjuist was. Om die reden vraagt zij om de kosten en rechtsplegingsvergoeding ten laste te leggen van de verwerende partij.

Beoordeling

5. Artikel 42, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“In het kader van de openbare procedure of de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, is de individuele handtekening van de inschrijver niet vereist op het ogenblik van het opladen op het elektronisch platform bedoeld in artikel 14, § 7, van de wet, wat betreft de offerte en haar bijlagen en, wanneer dit voorgelegd moet worden, het UEA. Deze documenten worden op een globale manier ondertekend op het erbij horende indieningsrapport.”

Artikel 43, § 1, van hetzelfde besluit luidt:

“Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, moet het in artikel 42 bedoelde indieningsrapport ondertekend worden door middel van een gekwalificeerde elektronische handtekening.”

Artikel 44 van hetzelfde besluit luidt:

“§ 1. De in artikel 43 bedoelde handtekeningen worden afgeleverd door de perso(o)n(en) die bevoegd of gemachtigd is/zijn om de inschrijver te verbinden.

[...]

§ 2. Als de ondertekening van het indieningsrapport gebeurt door een gemachtigde, vermeldt hij duidelijk zijn volmachtgever of volmachtgevers. De gemachtigde voegt de elektronische authentieke of onderhandse akte toe waaruit zijn bevoegdheid blijkt of een scan van het afschrift van zijn volmacht.

In voorkomend geval verwijst hij naar het nummer van de bijlage van het Belgisch Staatsblad waarin de akte bij uittreksel is bekendgemaakt, waarbij ook de betreffende bladzijde(n) en/of passage worden opgegeven.

Een volmachtgever kan met het oog op latere opdrachten de volmacht deponeren die hij aan een of meer gemachtigden heeft gegeven. Deze volmacht geldt alleen voor de opdrachten van de aanbestedende overheid waarbij zij is gedeponereerd. De gemachtigde verwijst in iedere offerte naar die deponering.

Het indieningsrapport dat namens een rechtspersoon elektronisch wordt ondertekend door middel van een certificaat op naam van deze rechtspersoon, die daarbij enkel een verbintenis aangaat in eigen naam en voor eigen rekening, vereist geen bijkomende volmacht.”

Artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt wanneer een offerte substantieel onregelmatig is en verwijst uitdrukkelijk naar artikel 44 van hetzelfde besluit; overeenkomstig dat artikel moet een offerte

ondertekend zijn “door de perso(o)n(en) die bevoegd of gemachtigd is/zijn om de inschrijver te verbinden”.

Het op de opdracht toepasselijk bijzonder bestek bepaalt met betrekking tot de indiening van de offertes:

“ e. Geldigheid van de verbintenis

De offerte en de bijlagen hoeven niet afzonderlijk te worden ondertekend op het ogenblik dat ze op het platform e-Tendering worden geladen. Deze documenten worden in hun geheel ondertekend door een gekwalificeerde elektronische handtekening te plaatsen op het indieningsrapport dat door het elektronisch platform wordt gegenereerd.

Dit indieningsrapport wordt elektronisch ondertekend door de perso(o)n(en) bevoegd of gemachtigd om de inschrijver te verbinden. Dit voorschrift geldt voor alle deelnemers als de offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid. De deelnemers zijn hoofdelijk aansprakelijk en zijn verplicht de deelnemer aan te duiden die de combinatie zal vertegenwoordigen tegenover de aanbestedende overheid.

De statuten van de vennootschap aan de hand waarvan dat kan worden nagezien, worden bij de elektronische offerte gevoegd.

Als de ondertekening gebeurt door een gemachtigde, vermeldt hij duidelijk zijn volmachtgever of volmachtgevers. De gemachtigde voegt bij de elektronische offerte de authentieke of onderhandse akte waaruit zijn bevoegdheid blijkt of een scan van het afschrift van zijn volmacht. Eventueel verwijst hij naar het nummer van de bijlage van het Belgisch Staatsblad waarin de akte bij uittreksel is bekendgemaakt.”

6. Volgens de verzoekende partij, die hiervoor steunt op de vermelding in het proces-verbaal van de opening van de offertes, werd het indieningsrapport van de gekozen inschrijver niet ondertekend door de afgevaardigd bestuurder A.M. zoals vermeld in het gunningsverslag, maar door X.K., die geen afgevaardigd bestuurder is en waarvan niet blijkt dat hij bevoegd of gevolmachtigd was de offerte te ondertekenen.

7. Met de verzoekende partij wordt vastgesteld dat de vermelding in het gunningsverslag dat het indieningsrapport van de gekozen inschrijver ondertekend werd door haar gedelegeerd bestuurder A.M. onjuist is.

Zoals blijkt uit het proces-verbaal van opening van de offertes werd het indieningsformulier voor de offerte van de gekozen inschrijver immers elektronisch ondertekend door X.K.

8. Bijgevolg dient te worden onderzocht of deze persoon bevoegd of gemachtigd is om de inschrijver te verbinden.

Met betrekking tot de vertegenwoordigingsbevoegdheid bepalen de statuten van de gekozen inschrijver:

“Artikel 14 Vertegenwoordiging:

De vennootschap is geldig vertegenwoordigd voor alle akten, daarin begrepen deze waarin tussenkomt hetzij een openbaar ambtenaar, hetzij een ministerieel ambtenaar, alsook in rechte:

- hetzij door twee bestuurders, samen optredend, of door de gedelegeerd bestuurder alleen die zich niet ten overstaan van derden moeten rechtvaardigen door een voorafgaande beslissing van de raad van bestuur;
- hetzij binnen de grenzen van het dagelijks bestuur, door de gedelegeerde(n) voor dit bestuur die samen of afzonderlijk optreden.

Zij is bovendien geldig vertegenwoordigd door bijzondere mandatarissen binnen de perken van hun mandaat.”

Uit de akte met betrekking tot de beslissingen van de bijzondere algemene vergadering en de raad van bestuur van de nv Scheerlinck Sport van 14 april 2020 over de benoeming van bestuurders en gedelegeerd bestuurders, bekendgemaakt in de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad* van 11 juni 2020, blijkt dat F.J. en A.M. tot gedelegeerd bestuurder werden benoemd met mandaat eindigend op de algemene vergadering in 2026. Bijgevolg zijn beide personen, zowel alleen handelend als samen handelend, bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen ten aanzien van derden en dus om de offerte te ondertekenen.

9. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt bovendien dat beide voormelde gedelegeerd bestuurders een bijzondere volmacht hebben gegeven aan X.K. voor de ondertekening in naam van de vennootschap van alle nodige documenten voor indiening van een offerte voor de opdracht ‘werken vervanging van de synthetische bekleding en herstelling van het sproeisysteem van het hockeyveld in het gemeentelijke stadion ‘Albert Demuyter’, (perceel 1)’ met

opening van de offertes op 3 mei 2021. Deze bijzondere volmacht, waaruit blijkt dat X.K. gemachtigd is om de inschrijver te verbinden, was ook gevoegd bij de offerte.

10. In zoverre de verzoekende partij betoogt dat deze volmacht niet bij de offerte zou zijn gevoegd op het ogenblik van de indiening ervan aangezien er geen melding van is gemaakt in het gunningsverslag, kan zij niet worden bijgevalen.

De verwerende partij verklaart dat X.K. alle documenten elektronisch op het platform heeft ingediend via een zip-bestand en dat de voormelde volmacht deel uitmaakte van deze documenten. De Raad van State stelt vast dat het indieningsrapport bevestigt dat de offerte van de gekozen inschrijver als een zip-bestand elektronisch werd opgeladen op het elektronisch platform en dat de bijzondere volmacht inderdaad deel uitmaakt van de offerte zoals ze werd neergelegd in het administratief dossier. Wat de verkeerde vermelding van de ondertekenaar in het gunningsverslag en het daarmee verband houdende gebrek aan vermelding van de voormelde volmacht betreft, kan dan ook aangenomen worden dat het een materiële vergissing betreft.

In zoverre de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord ook nog doet gelden dat de volmacht niet gedateerd is, zet zij niet uiteen waarom het gebrek aan vermelding van een datum van de volmacht te dezen tot de ongeldigheid ervan zou dienen te leiden.

11. Gelet op het voorgaande blijkt de verwerende partij in het kader van het regelmatigheidsonderzoek niet ten onrechte te hebben beslist dat de offerte van de gekozen inschrijver geldig werd ondertekend.

12. Wat ten slotte de aangevoerde schending van de motiveringsplicht betreft, wordt in het auditorsverslag opgemerkt dat, nu blijkt dat de offerte van de gekozen inschrijver geldig werd ondertekend, niet valt in te zien welk belang de verzoekende partij heeft bij dit onderdeel van het middel,

hetgeen door de verzoekende partij in haar laatste memorie niet wordt weerlegd, behoudens wat de tenlastelegging van de kosten betreft.

De voormelde slordigheid in het gunningsverslag inzake de ondertekenaar van het indieningsrapport van de gekozen inschrijver en het gebrek aan vermelding van de voormelde volmacht maken op zich genomen geen onwettigheid uit die tot de nietigverklaring van de bestreden gunningsbeslissing dient te leiden.

13. Het eerste middel kan niet aangenomen worden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14.1. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, het beginsel *patere legem quam ipse fecit*, de materiële en de formele motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de eerlijke mededinging,

“Doordat de verwerende partij de opdracht voor wat betreft Perceel 1 heeft gegund aan de nv Scheerlinck Sport; Dat uit de bestreden beslissing blijkt dat de offerte van de nv Scheerlinck Sport als regelmatig is beschouwd nu de opdracht aan deze inschrijver is gegund; Dat uit het gunningsverslag verder blijkt dat de nv Scheerlinck Sport een kunstgrasapijt heeft aangeboden met een vezelgewicht van 1.875 gr/m²; Dat het bestek weliswaar een minimum vezelgewicht vereiste van 2.000 gr/m²; Dat verwerende partij motiveert dat de offerte van de nv Scheerlinck Sport niet substantieel [onregelmatig] zou zijn omdat het laborapport een vezelgewicht bepaalt van 1.992 gr/m² en het onevenredig zou zijn de offerte van de nv Scheerlinck Sport voor deze afwijking te weren;

Terwijl de technische bepalingen van het Bestek voor wat betreft het kunstgrasapijt een aantal minimale eisen voorop stellen; Dat daarbij onder meer is gesteld dat het gewicht van de vezels minimum 2.000 gr/m² moet bedragen; Dat het vezelgewicht zoals aangeboden door de nv Scheerlinck Sport slechts 1.875 gr/m² bedraagt en derhalve 6,5% afwijkt van de minimeis van 2.000 gr/m²; Dat de offerte van de nv Scheerlinck Sport in

navolging van artikel 76 § 1, lid 4, 3° van het KB Plaatsing derhalve als substantieel onregelmatig geweerd moest worden wegens niet in overeenstemming met de in het bestek vooropgestelde minimale eisen; Dat verwerende partij niet nuttig kan verwijzen naar het laborapport nu het vezelgewicht volgens dit laborapport nog steeds lager is dan de minimumeis van 2.000 gr/m²; Dat uit de eigen toelichting van de nv Scheerlinck Sport blijkt dat haar offerteprijs gebaseerd is op een vezelgewicht van 1.875 gr/m² en dat deze inschrijver er zelf van uitgaat dat het aangeboden vezelgewicht 1.875 gr/m² bedraagt; Dat verwerende partij nergens uitlegt waarom de offerte van de nv Scheerlinck Sport niet substantieel onregelmatig is terwijl de offerte van verzoekende partij wegens een gelijkaardige afwijking (inzake vezeldikte) wel als substantieel onregelmatig werd beschouwd; Dat de vastgestelde onregelmatigheid in de offerte van de nv Scheerlinck Sport niet is geregulariseerd zodat de Opdracht voor wat betreft Perceel 1 niet aan haar gegund mocht worden.”

In dit middel betoogt de verzoekende partij in essentie dat de offerte van de gekozen inschrijver niet voldeed aan het minimaal vereiste vezelgewicht, wat nochtans als een minimale eis in het bestek werd opgelegd. Zij stelt vast dat deze onregelmatigheid niet werd geregulariseerd zodat de offerte van de gekozen inschrijver geweerd had moeten worden als substantieel onregelmatig.

Volgens de verzoekende partij is er ook sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel omdat de soepele houding die de verwerende partij aannam ten aanzien van de offerte van de gekozen inschrijver, geenszins werd doorgetrokken naar haar offerte, nu zij haar offerte in verband met een andere minimale eis wel diende te regulariseren, meer bepaald in verband met de vezeldikte.

14.2. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat de niet-naleving van minimale eisen een substantiële onregelmatigheid vormt op grond van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, zonder dat moet worden nagegaan of de betrokken eis al dan niet essentieel is. Zij wijst dienaangaande op het verschil tussen de huidige toepasselijke bepaling en artikel 95, § 3, van het vroegere koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsop-drachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011).

Voorts maakt het bestek zelf een onderscheid tussen minimale eisen en eisen met bepaalde marges, zoals de hoogte van het velours boven de rug: “tussen 12 en 14 mm”.

Zij betoogt voorts dat een substantiële onregelmatigheid niet kan worden genegeerd door te verwijzen naar het proportionaliteitsbeginsel, zoals de verwerende partij doet. Er valt volgens haar niet in te zien waarom het proportiona-liteitsbeginsel moet primeren op het gelijkheidsbeginsel.

In zoverre de verwerende partij zich beroept op een testrapport waaruit slechts een afwijking van 1% zou blijken, stelt de verzoekende partij dat wanneer er sprake is van een afwijking van een minimale eis, de omvang van de afwijking er niet toe doet. Bovendien benadrukt zij dat de offerte van de gekozen inschrijver dient te worden geëvalueerd op basis van het in zijn eigen technische fiche vermelde vezelgewicht van 1.875 gr/m².

De verzoekende partij stelt ook nog dat een kunstgrastapijt met een hoger totaal gewicht, een hoger vezelgewicht en een hoger aantal filamenten betere speeleigenschappen heeft. Van deze hoge kwaliteitseisen kon volgens haar niet worden afgeweken zonder dat hierin uitdrukkelijk in het bestek werd voorzien.

14.3. In haar laatste memorie wijst de verzoekende partij erop dat er volgens de verwerende partij sprake is van een afwijking die verwaarloosbaar is zodat het niet proportioneel zou zijn om de offerte om die reden te weren, terwijl volgens het auditorsverslag het beweerde verschil van minder dan 1% niet als een afwijking te beschouwen is. Zij betoogt dat in het auditorsverslag aldus een argumentatie wordt ontwikkeld die door de verwerende partij zelf niet wordt gebruikt en die de bestreden beslissing dus niet kan ondersteunen.

Voorts is volgens haar de stelling dat er geen afwijking zou zijn van een minimale eis niet correct. Er is sprake van een afwijking van 6,5 % ten opzichte van de in het bestek bepaalde minimale eis.

Voor de stelling dat het vastgestelde verschil tussen de minimale eis van het bestek en het aanbod niet als een afwijking te beschouwen zou zijn, is volgens de verzoekende partij geen wettelijke of reglementaire grondslag voorhanden. Nergens bepaalt artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dat, ook al is er op duidelijke mathematische wijze een minimale eis vooropgesteld (hier minimum 2.000 gr/m²), de offerte toch niet substantieel onregelmatig is wanneer deze eis niet wordt nageleefd.

Volgens de verzoekende partij had de verwerende partij te dezen dan ook geen beoordelingsvrijheid.

Aannemen dat het beweerde verschil van minder dan 1% niet als een afwijking te beschouwen is, zou volgens haar tot grote rechtsonzekerheid leiden. Zo rijst dan de vraag tot wanneer een afwijking nog klein genoeg is om niet als een afwijking te worden beschouwd, en wie dat gaat bepalen. Tevens zouden de inschrijvers op basis van de bestekbepalingen geen enkele zekerheid meer hebben over de minimale technische eisen waaraan hun offerte en die van hun concurrenten moeten voldoen.

Wat de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, merkt de verzoekende partij nog op dat het correct is te stellen dat zij haar offerte heeft geregulariseerd. De gekozen inschrijver heeft dit echter klaarblijkelijk niet gedaan voor het vezelgewicht, waarschijnlijk omdat hij dit niet kon, zodat des te meer besloten moest worden dat diens offerte substantieel onregelmatig was.

Beoordeling

15. Artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt het volgende:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn. De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn. Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de

opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

[...]

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.

§ 2. De offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, wordt niet nietig verklaard.

§ 3. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.

§ 4. [...]

§ 5. De onderhavige paragraaf is van toepassing op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes bij de opdrachten met een geraamde waarde lager dan de drempel voor de Europese bekendmaking waarbij gebruik wordt gemaakt van een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn en onverminderd paragraaf 2 en artikel 39, § 7, tweede lid, van de wet. De aanbestedende overheid beslist om hetzij de substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren, hetzij om deze onregelmatigheid te laten regulariseren. Hetzelfde geldt indien de offerte meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat, wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.”

De vraag in hoeverre uit de opdrachtdocumenten minimale eisen of substantiële vereisten kunnen worden afgeleid, waarvan de niet-naleving aanleiding geeft tot het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte, moet worden beantwoord aan de hand van de tekst van die documenten, bekeken in het licht van hun context.

Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State toe om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de bestekbepalingen, en om vast te stellen of een afwijking van het bestek een afwijking inhoudt van vereisten die in het bestek als substantieel of als een minimale eis worden aangemerkt. Wel mag de Raad van State daarbij nagaan of die beoordeling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek.

16. In het gunningsverslag wordt ten aanzien van de offerte van de gekozen inschrijver onder meer het volgende vastgesteld:

“Inzake de technische kenmerken van het kunstgras bedraagt het vezelgewicht zoals door de inschrijver opgegeven in zijn offerte 1875g/m². Het laboratorium van Universiteit Gent - ERCAT geeft dan weer een vezelgewicht van 1992 gr/m² aan”.

Het betreft volgens de verwerende partij een onregelmatigheid in het licht van de in het bestek vermelde minimumwaarde van 2000 gr/m², maar die wordt als niet-substantieel beschouwd “omdat de kenmerken van de dichtheid van het tapijt (aantal plukken en vezeltjes per m²) en de hoogte en dikte van de vezels zeer goed zijn”. De niet-substantiële onregelmatigheid leidt volgens de verwerende partij ook niet tot de nietigheid van de offerte omdat “het verschil minder dan 1% [bedraagt], hetgeen verwaarloosbaar is” en het geen onregelmatigheid betreft in de zin van het voormelde artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Uit het gunningsverslag blijkt aldus dat de verwerende partij, aan wie het in de eerste plaats toekomt om haar bestek te interpreteren, aan de bedoelde bestekbepaling een interpretatie heeft gegeven volgens welke de voor het kunstgras opgesomde vereisten geen minimale eisen betreffen, noch vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten in de zin van voormeld artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk plaatsing 2017.

De verwerende partij verduidelijkt dat er te dezen geen sprake is van een minimale eis aangezien een technische vereiste een minimaal te behalen waarde kan opleggen, zonder dat zij daarvoor een ‘minimale eis’ uitmaakt. De begrippen ‘technische vereiste waarin een minimaal te behalen waarde wordt opgelegd’ en ‘minimale eis’ zoals bedoeld in artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk plaatsing 2017 zijn volgens haar niet inwisselbaar.

17. Anders dan de verzoekende partij het ziet, blijkt dan ook niet dat de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig heeft bevonden wegens afwijking van een minimale eis doch

vervolgens hierover heengestapt is door te verwijzen naar het proportionaliteitsbeginsel. Zoals blijkt uit het gunningsverslag heeft de verwerende partij ten aanzien van de offerte van de gekozen inschrijver weliswaar een onregelmatigheid in het licht van de in het bestek vermelde minimumwaarde van 2000 gr/m² vastgesteld, maar die als niet-substantieel beschouwd.

18. De Raad van State stelt vast dat de bewoordingen van het bestek zich niet verzetten tegen de aldus door de verwerende partij gehanteerde interpretatie van de technische specificaties in het bestek .

Het vezelgewicht wordt in het bestek immers niet uitdrukkelijk bestempeld als een “minimale eis” maar als een “vereiste”. In die zin verschilt de voorliggende zaak dan ook van de zaak die geleid heeft tot arrest nr. 242.377 van 20 september 2018, waarnaar de verzoekende partij verwijst. In die zaak bepaalde het bestek uitdrukkelijk dat het aangeboden systeem diende te beantwoorden aan de aldaar opgesomde “minimale eisen”.

Te dezen omschrijft het bestek weliswaar een aantal van de opgesomde vereisten, waaronder de ‘vezeldikte’ en het ‘vezelgewicht’ aan de hand van een minimumwaarde. Voor andere vereisten zoals ‘vezelstructuur’ (100 % monofilament) en ‘hoogte velours boven de rug’ (tussen 12 en 14 mm) is dat niet het geval. Met de verwerende partij kan worden aangenomen dat uit de omschrijving van een vereiste aan de hand van een minimumwaarde niet zonder kan meer worden afgeleid dat de in het bestek gestelde vereisten inzake het kunstgras gelden als minimale eisen in de zin van artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

19. Uit het gunningsverslag waarop de bestreden beslissing is gesteund, blijkt overigens dat niet alleen de gekozen inschrijver, maar ook de verzoekende partij zelf bij indiening van haar offerte, het bestek heeft geïnterpreteerd in de zin dat de door het bestek aan het kunstgras gestelde vereisten ruimte lieten voor enige tolerantie. Ook de verzoekende partij blijkt immers een offerte te hebben ingediend waarin het kunstgras op twee punten, meer bepaald wat de vezelstructuur en de vezeldikte betreft, afweek van de in het bestek gestelde

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.840
XII-9134-22/27

vereisten. Het feit dat zij haar offerte op die twee punten op vraag van de verwerende partij heeft geregulariseerd, doet aan deze vaststelling niets af.

20. Voorts kan de verwerende partij bezwaarlijk worden verweten dat zij bij haar beoordeling van de regelmatigheid van de offertes rekening hield met het “globaal” FIH-laboratoriumrapport nu het bestek, onmiddellijk voorafgaand aan de opsomming van de betrokken vereisten die aan het kunstgras worden gesteld, de inschrijver verplicht een “globaal” FIH-laboratoriumrapport van het voorgestelde product bij zijn offerte te voegen.

De Raad van State stelt ook vast dat, wat de aan het kunstgras gestelde vereisten betreft, uit de technische fiches en de voorgelegde FIH-laboratoriumrapporten blijkt dat verschillende metingen aanleiding kunnen geven tot verschillende resultaten en dat er in het “globaal” FIH-laboratoriumrapport onder meer wat het vezelgewicht betreft ook sprake is van een zogenaamde tolerantie van 10 % ten opzichte van de verklaring van de producent.

De stelling van de verzoekende partij dat de gekozen inschrijver zich maar verbonden zou hebben tot de levering van een tapijt met een vezelgewicht van 1875 gr/m² kan niet worden bijgevalen. Zoals alle andere inschrijvers, heeft hij immers ingeschreven met een welbepaald product, dat duidelijk wordt gedefinieerd met productnaam en fabrikant. Het is van het tapijt waarmee werd ingeschreven en voor de levering waarvan de inschrijver zich dus verbonden heeft, dat het vezelgewicht volgens het laboratoriumrapport van de Universiteit Gent-ERCAT 1992 gr/m² bedraagt.

21. Er blijkt dan ook niet dat de verwerende partij gehandeld heeft in strijd met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen door de offerte van de gekozen inschrijver, waarin kunstgras wordt aangeboden met een vezelgewicht waarvan het verschil met de in het bestek vermelde minimumwaarde minder dan 1 % bedraagt, niet substantieel onregelmatig te verklaren.

22. De verzoekende partij voert nog aan dat er sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de eerlijke mededinging, omdat de soepele houding die de verwerende partij aannam ten aanzien van de offerte van de gekozen inschrijver geenszins werd doorgetrokken naar haar offerte, nu zij haar offerte in verband met een andere minimale eis wel diende te regulariseren, meer bepaald in verband met de vezeldikte.

Ook deze grief kan niet worden aangenomen.

Zoals hiervoor is gebleken, kan de interpretatie die door de verwerende partij aan het bestek wordt gegeven in de zin dat de voor het kunstgras opgesomde vereisten geen minimale eisen betreffen, immers worden bijgevalen.

De verzoekende partij gaat voorts eraan voorbij dat de verwerende partij ten aanzien van de offerte van de gekozen inschrijver, wat de vereisten inzake het kunstgras betreft, slechts één niet-substantiële onregelmatigheid heeft vastgesteld, waarvan bovendien geoordeeld werd dat het geen onregelmatigheid betreft in de zin van het voormelde artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Dat aan de verzoekende partij, anders dan aan de gekozen inschrijver, werd gevraagd om haar offerte te regulariseren, wordt verklaard door het feit dat ten aanzien van haar offerte twee onregelmatigheden werden vastgesteld, waarbij het bovendien blijkt te gaan om afwijkingen die beduidend groter zijn dan de afwijking van 1 % inzake vezelgewicht waarvan sprake bij de verzoekende partij. Uit het gunningsverslag blijkt immers dat, op basis van de gegevens opgenomen in de technische fiche in de offerte van de verzoekende partij, er voor het aangeboden hockeytapijt sprake was van een vezelstructuur van het kunstgras met acht filamenten terwijl het bestek voor de vezelstructuur 100% monofilament als vereiste vermeldt. Daarnaast was er in de technische fiche sprake van een vezeldikte van 140µ in plaats van de in het bestek vermelde minimumwaarde van 150 µ.

Aldus lijkt de verwerende partij ten aanzien van de offerte van de verzoekende partij toepassing te hebben gemaakt van de bestekbepaling waarin

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.840 XII-9134-24/27

gesteld wordt dat de aanbestedende overheid op basis van artikel 76, § 5, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 kan vragen de offerte te regulariseren indien zij meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat, wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in artikel 76, § 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweegbrengt.

23. Het tweede middel kan niet aangenomen worden.

V. Kosten

24. De kosten van het beroep zijn ten laste van de verzoekende partij.

Het loutere feit dat het gunningsverslag een verkeerde vermelding bevat inzake de ondertekening van het indieningsrapport van de gekozen inschrijver is niet van aard te verantwoorden dat de kosten van de procedure ten laste van de verwerende partij zouden worden gelegd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op vierentwintig mei tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens