

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 260.837 van 30 september 2024
in de zaak A. 233.545/XIV-39.522**

In zake : de NV D.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen, Thomas Christiaens en
Jarien Bloemen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING VITAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Chris Schijns en Dieter Torfs
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 30 april 2021, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 26 februari 2021 van de raad van bestuur van VITAS, opdrachthoudende vereniging, waarbij de opdracht ‘Uitbreiding WZC Reigersvliet met nieuwbouw De Kiosk’, perceel 1 ‘Ruwbouw, afwerking, technische installaties, omgevingswerken’ wordt gegund aan de nv S.

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.

Auditeur Frederick Ongena heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 september 2024.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Manon De Weser, die *loco* advocaten Wouter Moonen, Thomas Christiaens en Jarien Bloemen verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Charlotte Cams, die *loco* advocaten Chris Schijns en Dieter Torfs 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 voor werken uit met als voorwerp ‘Uitbreiding WZC Reigersvliet met een nieuwbouw dagverzorgingscentrum ‘De kiosk’’. Perceel 1 betreft ‘Ruwbouw winddicht met binnenafwerking, technische installaties & omgevingswerken’.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

Er wordt gekozen voor een openbare procedure, met de prijs als enig gunningscriterium.

3.2. In het bestek dat op de opdracht van toepassing is, zijn de volgende bepalingen in deze zaak relevant:

“DEEL I: ADMINISTRATIEVE BEPALINGEN

I. ALGEMENE BEPALINGEN

[...]

II – BEPALINGEN AANSLUITEND BIJ DE WET OVERHEIDSOPDRACHTEN

[...]

Artikel 67-69 Wet Overheidsopdrachten: Toegangsrecht en uitsluitingsgronden

Met het UEA verklaart de inschrijver formeel dat de betrokken gronden tot uitsluiting van toepassing zijn.

De inschrijver verklaart bovendien in zijn offerte het volgende:

- De inschrijver(s) stel(t)(len) geen personeel tewerk dat onderworpen is aan de wet van 22 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders en/of

- De inschrijver(s) stel(t)(len) personeel tewerk uit een andere lidstaat van de Europese Unie. De inschrijver vermeldt in dit geval in zijn offerte waar de betrokken attesten in andere lidstaten via gelijkaardige gratis toegankelijke toepassingen toegankelijk zijn.

[...]

III – BEPALINGEN AANSLUITEND BIJ HET KB PLAATSING

[...]

Artikel 39 KB Plaatsing: Impliciete verklaring op erewoord

Het loutere feit van de indiening van de offerte door de inschrijver geldt als de impliciete verklaring op erewoord van de inschrijver dat hij zich niet bevindt in één van de uitsluitingsgevallen bedoeld in de artikelen 67 tot 69 van de Wet Overheidsopdrachten.

Het volstaat dat de inschrijver bij zijn offerte een uittreksel uit zijn strafregister voorlegt.

De Aanbesteder zal via de Telemarc-databank zelf de overige nodige ondersteunende documenten en certificaten opvragen.

Daarnaast voegt de inschrijver aan zijn offerte de nodige documenten en certificaten toe m.b.t. de selectiecriteria en de regels en criteria voor de beperking van het aantal kandidaten. Zie het offerteformulier.

[...]

Artikel 73 KB Plaatsing: Draagkracht van andere entiteiten

Indien de inschrijver zich voor welbepaalde opdrachten beroept op de draagkracht van andere entiteiten, dient hij het bewijs dat deze entiteiten aan de inschrijver dergelijke middelen zullen ter beschikking stellen, met name een daartoe strekkende verbintenis, te overleggen. Tevens dient de inschrijver aan te tonen dat deze entiteiten zich niet bevinden in een uitsluitingstoestand.

Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan die combinatie of van andere entiteiten.

Artikel 74 KB Plaatsing: Voor te dragen onderaannemers

De inschrijver vermeldt in zijn offerte welke gedeelte van de opdracht hij voornemens is in onderaanneming te geven aan onderaannemers op wiens draagkracht hij zich niet beroept. Hij geeft tevens op welke onderaannemers hij daartoe voorstelt.

Artikel 77-78 KB Plaatsing: Vorm, inhoud en ondertekening offerte

De inschrijver wordt met aandrang verzocht om gebruik te maken van het offerteformulier en de samenvattende opmeting/inventaris die als bijlage bij de opdrachtdocumenten worden gevoegd. Doet hij dit niet, dan draagt hij de volle verantwoordelijkheid voor de volledige overeenstemming van de door hem aangewende documenten met de formulieren van de opdrachtdocumenten.

Iedere vermelding die strijdig is met de door de Aanbesteder vastgestelde formulieren moet als niet geschreven worden beschouwd, met uitzondering van de posten waarvan de hoeveelheden werden gewijzigd overeenkomstig art. 79§2 KB Plaatsing en die samen met de eventueel aangevulde leemten, in een nota bij de offerte worden verantwoord.

Doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel in de offerte als in de bijlagen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen en technische specificaties kunnen beïnvloeden, moeten door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden.

Een parafering volstaat dus niet.

Bij het bijzonder bestek wordt een digitale drager gevoegd met de digitale samenvattende opmeting. De inschrijver zal deze originele digitale samenvattende opmeting invullen zonder de versie van het programma en de opstelling van het rekenblad te wijzigen.

Het digitale document dat bij het aanbestedingsdossier gevoegd is, is om die reden met een paswoord beschermd; de inschrijver kan enkel de eenheidsprijzen in de daartoe bestemde vakken invullen.

Van deze originele ingevulde digitale samenvattende opmeting dient een papieren uitprint aan de offerte te worden toegevoegd, die door de inschrijver wordt gedagtekend en ondertekend. De inschrijver garandeert de overeenstemming tussen de digitale versie en de versie op papier.

De inschrijver vermeldt in het offerteformulier dat de samenvattende opmeting is toegevoegd aan de offerte, zowel in de originele ingevulde digitale versie op rekenblad die bij het aanbestedingsdossier op digitale drager is meegeleverd, als in de vorm van een gedagtekende en ondertekende uitprint op papier van deze originele ingevulde digitale versie.

Inschrijvers die eigen voorwaarden bedingen die strijdig zijn met de opdrachtdocumenten of die er geen grond in vinden, lopen het risico dat hun offerte wordt geweerd.

[...]

Artikel 84 KB Plaatsing: Indiening en opening van offertes

1. Indiening van offertes

De offerte wordt elektronisch ingediend. De offertes mogen alleen verstuurd worden via de e-Tendering internetsite <https://eten.publicprocurement.be/> die de naleving waarborgt van huidig artikel.”

3.3. Op 17 september 2020 worden de offertes geopend. Er blijken twee offertes te zijn ingediend, door de verzoekende partij en de nv S.

Onder ‘3.2. Offerte/Aanvraag tot deelneming 2’ staat vermeld dat het indieningsrapport van de nv S. is ondertekend, evenals tien opgeladen documenten, waaronder het offerteformulier en ‘Inschrijving Leopoldsburg – De Kiosk WZC Reigersvliet.pdf’, zijnde de samenvattende meetstaat.

3.4. Op 25 november 2020 wordt een gunningsverslag opgesteld door A., zijnde het architectenbureau aangeduid door de aanbestedende overheid. Zowel de verzoekende partij als de nv S. worden geselecteerd en hun offertes worden regelmatig bevonden.

Onder ‘3. Administratief onderzoek van de offertes’ wordt het volgende gesteld:

“3. 1. NAZICHT VAN DE DOCUMENTEN TOEGEVOEGD BIJ DE OFFERTE

Inschrijver	Oa	Ob	1	2	3	4
[nv D.]	+	+	+	+	+	nvt
[nv S.]	*	*	+	+	+	nvt

Oa = ondertekend en gedateerd offerteformulier
Ob =samenvattende meetstaat is conform opdrachtdocumenten en ondertekend
1 = attest van erkenning
2 = blanco uittreksel uit het strafregister
3 = handtekeningsbevoegdheid om de offerte te ondertekenen
4 = volmacht in geval van vereniging zonder rechtspersoonlijkheid

Voor elke offerte wordt met een code (+) of een code (-) aangegeven of al (+) dan niet (-) aan de vereisten is voldaan
nvt = niet van toepassing

VERDUIDELIJKING BIJ DE OVERZICHTSTABEL

0 Ondertekend en gedateerd offerteformulier

0.1 [D.] heeft het offerteformulier ondertekend en gedateerd.

0.2 [S.] heeft het offerteformulier niet volledig ingevuld. Volgende elementen zijn niet volledig ingevuld:

-Punt 2 - erkenning: werd niet doorgehaald wat niet van toepassing is.

-Punt 3 - onderaannemers: werd niet doorgehaald wat niet van toepassing is.

-Punt 4 - werd niet doorgehaald wat niet van toepassing is.

-Punt 6 - overzichtstabel van bijlage werd niet geparafeerd.

Het volledige document werd niet gedagtekend.

Aan de hand van de bepalingen in artikel 42, § 1 van het KB van 18 april 2017 kan bepaald worden dat de individuele handtekening, wat betreft de offerte en haar bijlagen, van de inschrijver niet vereist is wanneer deze laatste zijn ingediend via e-tendering. Deze documenten worden op globale manier ondertekend op het erbij horende indieningsrapport. Dit bijhorende indieningsrapport is door [nv S.] ondertekend.

Indien blijkt dat [nv S.] in aanmerking zou komen voor gunning, dient voor punt 3 tot en met 4 een bijkomende verduidelijking gevraagd te worden. Voor punt 2 voegt de inschrijvers zelf reeds de nodige informatie toe aan zijn offerte. Zie verder bij punt 5 - [overige].

1 Samenvattende meetstaat is conform opdrachtdocumenten en ondertekend

1.1 Alle inschrijvers dienden een in pdf afgedrukte meetstaat in, die niet conform de opdrachtdocumenten is.

1.2 De meetstaat van [D.] is ondertekend.

1.3 De meetstaat van [S.] is niet ondertekend. De totaalprijs op de meetstaat is gelijk aan de totaalprijs die wordt vermeld in het offerteformulier, zodat de verbintenis van [de nv S.] om de werken uit te voeren voor de in de offerte omschreven totaalprijs vaststaat. De offerte van [de nv S.] dient niet te worden geweerd.

Aan de hand van de bepalingen in artikel 42, § 1 van het KB van 18 april 2017 kan bepaald worden dat de individuele handtekening, wat betreft de offerte en haar bijlagen, van de inschrijver niet vereist is wanneer deze laatste zijn ingediend via e-tendering. Deze documenten worden op globale manier ondertekend op het erbij horende indieningsrapport. Dit bijhorende indieningsrapport is door [de nv S.] ondertekend.

2 Blanco uittreksel uit het strafregister

2.1 Alle inschrijvers dienden een recent blanco uittreksel uit het strafregister in.

3 Handtekeningsbevoegdheid om de offerte te ondertekenen

3.1 Alle inschrijvers dienden afdoende bewijzen van volmacht in.

4 Volmacht in geval van vereniging van ondernemers zonder rechtspersoonlijkheid

4.1 Niet van toepassing op de inschrijvers.

Overige

5.1 [D.] voegde volgende documenten toe:

- Uniform europees aanbestedingsdocument
- Verklaring op erewoord mbt uitsluitingsgronden;
- Attest van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid
- Attest van de FOD Financien
- Attest van niet-faling afgeleverd door de rechtbank van koophandel
- Attest vereiste erkenning.
- Registratie als aannemer

5.2 [S.] voegde volgende documenten toe:

- Attest vereiste erkenning.

De resterende documenten (RSZ-attest, Attest FOD financiën, attest niet falend) dienen opgevraagd te worden door het Opdrachtgevend Bestuur via telemarc (digiflow)

5.3 Alle inschrijvers tonen aan de hand van het attest aan over de vereiste erkenning te beschikken om de werken te kunnen uitvoeren.

3.2 NAZICHT VAN DE DOCUMENTEN MET BETREKKING TOT DE VEILIGHEIDSCOÖRDINATIE Dit verslag van nazicht van de offertes wordt opgesteld onder voorbehoud van de bevindingen van de veiligheidscoördinator over de door de inschrijvers ingediende documenten m.b.t. veiligheidscoördinatie.”

Na verbetering van de rekenfouten, van de aanvaarde gewijzigde hoeveelheden, en van de toevoeging van de ontbrekende posten en leemtes, worden de offertes finaal gerangschikt als volgt:

Inschrijver	Offertebedrag in EUR (excl. btw)
nv S	1.658.937,31
nv D	1.719.374,02

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv S., als volgt:

“Op basis van het administratief, rekenkundig en technisch nazicht van de ingediende offertes kan de offerte van [de nv S.] uit Balen als economisch meest voordelige offerte weerhouden worden voor een bedrag van € 1.657.736,11 excl. BTW, onder voorbehoud van voorafgaandelijke voorlegging van de volgende ontbrekende documenten:

- RSZ-attest
- attest FOD financiën
- attest niet falend
- ontbrekende informatie betreffende punt 3 (onderaannemers) en 4 (personeel) van het offerteformulier.

De Aanbesteder kan hiervan volgende documenten zelf opvragen via telemarc (digiflow): RSZ - attest, attest FOD financiën, attest niet-falend. Bijkomend is dit verslag van nazicht van de offertes opgesteld onder voorbehoud van de bevindingen van de veiligheidscoördinator over de door de inschrijvers ingediende documenten m.b.t. veiligheidscoördinatie.”

3.5. Op 26 februari 2021 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de nv S.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 4 (“en het daarin vervatte transparantiebeginsel”), en artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), de artikelen 42, 51, § 2, 76 en 82 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna het koninklijk besluit van 18 april 2017), het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het zorgvuldigheids-beginsel en het motiveringsbeginsel, en de motiveringsplicht “zoals deze volgt uit” de artikelen 4, eerste lid, 8° en 5, eerste lid, 9°, 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: de wet van 17 juni 2013).

Zij acht deze artikelen en beginselen geschonden:

“Doordat noch de meetstaat, noch het offerteformulier van de gekozen inschrijver [nv S.] behoorlijk werden ondertekend;

En doordat, de verwerende partij de offerte onterecht niet heeft geweerd wegens substantieel onregelmatig;

Terwijl de verwerende partij in het bestek expliciet vereist dat zowel het offerteformulier als de meetstaat individueel moeten worden ondertekend;

En terwijl uit de aangehaalde artikelen uit de Wet Overheidsopdrachten en het KB Plaatsing volgt dat een niet correcte ondertekening leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte; en een substantieel onregelmatige offerte in de openbare procedure steeds moet worden geweerd;

En terwijl overeenkomstig het zorgvuldigheidsbeginsel de verwerende partij gehouden is tot een zorgvuldig onderzoek van het dossier, een zorgvuldige feitengaring en een zorgvuldig onderzoek van de offertes, voordat zij tot haar besluitvorming overgaat en de aanbestedende overheid overeenkomstig het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel ertoe gehouden is de door haarzelf uitgevaardigde (rechts)regels te respecteren en toe te passen;

En terwijl de transparantieplicht zich ertegen verzet dat de verwerende partij in de beoordeling van de offertes een andere, minder strenge invulling geeft

aan een vereiste uit het bestek, die door de inschrijvers nochtans als een substantiële formele eis moest worden begrepen;
En terwijl het motiveringsbeginsel de verwerende partij verplicht om haar besluitvorming te steunen op materieel draagkrachtige motieven.”

5. De verzoekende partij licht vooreerst in het algemeen “de juridische beginselen [toe] waarop het middel steunt” en maakt daarna een “toepassing van deze beginselen”.

De verzoekende partij stelt aan de hand van het gunningsverslag vast dat de meetstaat als bijlage bij de offerte van de gekozen inschrijver niet werd ondertekend. Kennelijk oordeelt de verwerende partij dat dit gebrek niet hoeft te leiden tot de substantiële onregelmatigheid van deze offerte. In het gunningsverslag wordt verwezen naar artikel 42, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 en gesteld dat het op grond van deze bepaling zou volstaan dat de offerte globaal werd ondertekend door de digitale ondertekening van het indieningsrapport van de offerte.

De verzoekende partij stelt dat overeenkomstig voornoemd artikel 42, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 een globale ondertekening van het indieningsrapport in e-Tendering in beginsel kan volstaan om de offerte rechtsgeldig te ondertekenen. Als basisregel geldt dat de ondertekening van het indieningsrapport de ondertekening van de offerte en elke bijlage vervangt. Volgens haar legt de verwerende partij echter expliciet een strengere eis op in de artikelen 77 en 78 van het bestek, luidens dewelke de inschrijver de “samenvattende opmeting” op papier afzonderlijk “dient” te ondertekenen. Volgens de rechtspraak van de Raad van State inzake technische eisen brengt het woordgebruik “moeten” de kwalificatie van minimale eis met zich mee. Wanneer een aanbestedende overheid een dergelijke verplichting oplegt, en de inschrijver alsnog een niet-ondertekende meetstaat bij de offerte voegt, verschaft deze niet de vereiste zekerheid over zijn verbintenis om de opdracht tegen de gewenste voorwaarden uit te voeren, zodat er sprake is van een substantiële onregelmatigheid in de zin van artikel 76, § 1, derde lid, van koninklijk besluit van 18 april 2017. Alleszins staat het volgens de verzoekende partij vast dat er sprake is van een substantiële onregelmatigheid naar analogie met artikel 76, § 1, vierde lid, 2° van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Wanneer

immers de miskennen van artikel 42 van dit besluit steeds leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte, dan moet het miskennen van een strengere eis in het bestek met betrekking tot de ondertekeningbevoegdheid, die voortbouwt op voornoemd artikel 42 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, evenzeer leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Wanneer de verwerende partij oplegt dat de ingevulde meetstaat afzonderlijk en ondertekend moet worden bijgevoegd aan de offerte, maar zij deze vereiste niet toepast in de beoordeling van de offertes, miskent zij het *patere legem*-beginsel. Zij miskent hiermee eveneens het transparantiebeginsel, nu zij in het bestek een verplichting oplegt die de inschrijvers redelijkerwijze als een substantiële formele vereiste moeten begrijpen, maar in de beoordeling van de offertes kennelijk een vrijblijvende invulling geeft aan deze vereiste. De verwerende partij tracht haar handelwijze te motiveren door te stellen dat de totaalprijs op de meetstaat van de gekozen inschrijver alleszins gelijk is aan deze die wordt vermeld in het offerteformulier, zodat de verbintenis van de gekozen inschrijver zou vaststaan en de offerte globaal is ondertekend in overeenstemming met artikel 42 van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Aangezien de verwerende partij er kennelijk bewust voor koos om in het bestek een ondertekeningvereiste op te leggen die verder gaat dan hetgeen volgt uit artikel 42 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, gaat deze zienswijze niet op. De Raad van State oordeelde reeds met betrekking tot een vergelijkbare vraagstelling dat het offerteformulier en de samenvattende opmeting twee afzonderlijke documenten zijn, en dat het niet volstaat dat slechts één van deze documenten is ondertekend, wanneer het bestek ten aanzien van beide documenten een ondertekeningvereiste oplegt. Daarenboven is het onduidelijk hoe de verwerende partij op overtuigende wijze uit het offerteformulier kan afleiden dat de verbintenissen die volgen uit de ingevulde meetstaat voldoende zeker zijn, aangezien uit het gunningsverslag blijkt dat ook het offerteformulier van de gekozen inschrijver niet werd ondertekend.

6. In de memorie van antwoord voert de verwerende partij aan dat het middel niet ontvankelijk is omdat foutief wordt verwezen naar “de artikelen 51, § 2, en 82, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing”. De door haar geciteerde artikelen betreffen artikelen van het (oud) koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit

plaatsing van 15 juli 2011) en niet van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Voorts heeft de verzoekende partij volgens de verwerende partij geen belang bij het middel voor zover wordt aangevoerd dat de verbintenis van de gekozen inschrijver precair is. Uit het administratief dossier blijkt dat de offerte van de gekozen inschrijver digitaal werd ondertekend overeenkomstig artikel 42 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, zodat de verzoekende partij geen voordeel kan halen uit het middel.

Ten gronde antwoordt de verwerende partij dat het indienings-rapport wel degelijk werd ondertekend door de gekozen inschrijver. Voorts stelt zij dat er geen sprake is van enige strengere norm in het bestek, in de zin dat er sprake zou zijn van een verplichting om de meetstaat in tweevoud bij te brengen.

7. In haar memorie van wederantwoord beaamt de verzoekende partij, in antwoord op de eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid van het middel, dat haar verwijzing naar de artikelen 51, §2, en 82, § 1, van het (oud) koninklijk besluit plaatsing van 2011, met betrekking tot de verplichting tot ondertekening van de offerte en de eventuele samenvattende opmeting, een materiële vergissing betreft. Ondanks deze verkeerde verwijzingen behouden al de overige rechtsgronden in het eerste middel volgens haar nog steeds hun relevantie, zodat het middel niet in zijn geheel onontvankelijk is. Op de tweede exceptie van niet-ontvankelijkheid van het middel dat de verzoekende partij geen belang bij het middel zou hebben omdat zij ook verwijst naar artikel 42, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, antwoordt de verzoekende partij dat zij door die verwijzing niet erkent dat de offerte van de gekozen inschrijver te dezen rechtsgeldig zou zijn ondertekend.

Ten gronde blijkt volgens de verzoekende partij uit het arrest van de Raad van State van 17 maart 2020, nr. 247.331, dat strengere verplichtingen inzake de ondertekening, naast de verplichting vervat in artikel 42, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 nog mogelijk zijn. Indien artikel 42 van datzelfde besluit zich niet verzet tegen strengere eisen inzake de ondertekening van een aanvraag tot deelneming in de selectiefase van een overheidsopdrachten-procedure, dan valt volgens de verzoekende partij niet in te

zien waarom diezelfde bepaling zich wel zou verzetten tegen een strengere eis inzake de ondertekening van de offerte in een openbare procedure. Zij herhaalt dat de verwerende partij in het bestek bewust strengere eisen oplegt dan deze die volgen uit het koninklijk besluit plaatsing 2017, door expliciet te vereisen dat van de digitale samenvattende opmeting afzonderlijk een papieren uitprint moet worden ondertekend en toegevoegd aan de offerte.

Beoordeling

Vooraf

8. Artikel 14, § 7, van de wet van 17 juni 2016 luidt:

“De gebruikte instrumenten en middelen voor de elektronische ontvangst van offertes, aanvragen tot deelneming en plannen en ontwerpen bij prijsvragen, hierna de ‘elektronische platformen’ genoemd, moeten door passende technische voorzieningen en procedures ten minste de waarborg bieden dat:

1° het exacte tijdstip en de exacte datum van ontvangst van de offertes, van de aanvragen tot deelneming, van de overlegging van de plannen en ontwerpen precies kunnen worden vastgesteld; [...].”

Artikel 2 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 bepaalt:

“Voor de toepassing van dit besluit wordt verstaan onder:
[...]

10° het indieningsrapport: het rapport aangemaakt door het elektronisch platform bedoeld in artikel 14, § 7, van de wet, dat een lijst van de door de kandidaat of de inschrijver toegestuurde documenten omvat in het kader van de plaatsingsprocedure;”

Artikel 42, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 april 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 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 bepaalt wanneer een offerte substantieel onregelmatig is en verwijst uitdrukkelijk naar artikel 42 en 43, § 1, van hetzelfde besluit.

Het op de opdracht toepasselijk bijzonder bestek bevat bijzondere bepalingen met betrekking tot de indiening van de offertes onder “Artikel 77-78 KB Plaatsing: Vorm, inhoud en ondertekening offerte” (zie *supra* punt 3.4).

Excepties

9. De door de verwerende partij aangevoerde exceptie wordt bijgevalen, enkel voor zover wordt gesteld dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift verkeerdelijk de schending aanvoert van de artikelen 51, § 2, en 82, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, die niet op de opdracht van toepassing zijn. Het eerste middel is evenwel ook gesteund op andere bepalingen en beginselen, zodat het middel niet in zijn geheel niet-ontvankelijk is.

10. Het onderzoek van de exceptie van gebrek aan belang bij het middel hangt samen met het onderzoek van de grond van de zaak.

Ten gronde

11. Vooreerst stelt de Raad van State vast dat blijkens het proces-verbaal van opening van de offertes de gekozen inschrijver haar offerte op

een globale manier heeft ondertekend op het indieningsrapport. Hiermee worden alle afzonderlijke documenten die op het elektronisch platform zijn opgeladen, zoals de offerte en de samenvattende meetstaat, als ondertekend beschouwd.

Artikel 42, § 1, van koninklijk besluit van 18 april 2017 laat toe dat essentiële documenten niet individueel worden ondertekend. Deze worden immers verzonden als onderdeel van een reeks documenten waarvan de authenticiteit en integriteit gewaarborgd worden door de globale ondertekening van het indieningsrapport (zie het verslag aan de Koning bij artikel 42 van het koninklijk besluit van 18 april 2017).

In zoverre het middel ervan uitgaat dat het offerteformulier en samenvattende meetstaat niet werden ondertekend, mist het aldus grondslag.

12. Voorts gaat het middel uit van het standpunt dat in het bestek strengere eisen aan de ondertekening van de offerte en haar bijlagen worden gesteld dan deze vervat in artikel 42, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Dit standpunt wordt niet bijgevalen.

Anders dan hoe de verzoekende partij het ziet, kan uit de vereiste beschreven onder “Artikel 77-78 KB Plaatsing: Vorm, inhoud en ondertekening offerte” van het bestek dat “van de originele ingevulde digitale samenvattende opmeting [...] een papieren uitprint aan de offerte [dient] te worden toegevoegd, die door de inschrijver wordt gedagtekend en ondertekend”, niet worden afgeleid dat deze vereiste van een papieren uitprint op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte is voorgeschreven. Het gebruik van het werkwoord “dient” doet niet anders besluiten. Blijkens de voornoemde bestekbepalingen wordt bij het bijzonder bestek immers een digitale drager gevoegd met de digitale samenvattende opmeting, en is dit digitale document met een paswoord beschermd; de inschrijver kan enkel de eenheidsprijzen in de daartoe bestemde vakken invullen. De inschrijver garandeert de overeenstemming tussen de digitale versie en de versie op papier.

Daargelaten of een aanbestedende overheid strengere verplichtingen inzake de ondertekening van de offerte kan stellen, naast de verplichting vervat in artikel 42, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, moet uit de voornoemde bestekbepalingen in ieder geval worden afgeleid dat de digitale versie van de meetstaat primeert en het ontbreken van een ondertekende papieren versie niet dient te leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. In zoverre het middel uitgaat van het tegendeel, kan het bijgevolg evenmin worden aangenomen.

13. Het eerste middel is niet gegrond.

B. Tweede middel, tweede onderdeel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, het *patere quam ipse fecisti* beginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, alsook de formelemotiveringsplicht zoals deze voortvloeit uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 19 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, samen gelezen met de artikelen 4, eerste lid, 8° en 5, eerste lid, 9°, van de wet van 17 juni 2013.

Zij acht deze artikelen en beginselen geschonden:

“[...] doordat, wat een tweede middelonderdeel betreft, nog daargelaten het verbod tot regularisatie van een onregelmatige offerte, het heden onduidelijk is of de gekozen inschrijver de essentiële informatie ook effectief heeft aangereikt;

Terwijl de verwerende partij gehouden was om te onderzoeken of de gekozen inschrijver zich in een geval van uitsluiting bevindt, hetgeen niet mogelijk kan geweest zijn, gelet op de ontbrekende gegevens in het offerteformulier.”

Uit het gunningsverslag blijkt dat de gunning van de opdracht gebeurde onder voorbehoud dat bijkomende informatie zou worden aangeleverd.

Volgens de verzoekende partij is het “nog daargelaten het verbod tot regularisatie van een onregelmatige offerte in een openbare procedure” op heden nog steeds niet duidelijk of de gekozen inschrijver inmiddels de nodige essentiële informatie heeft aangeleverd. De bestreden beslissing en het gunningsverslag bieden hierover geen duidelijkheid en vermelden nergens dat de ontbrekende informatie nog zou zijn aangeleverd. De motivering van de bestreden beslissing laat in die zin niet toe dat de verzoekende partij kan inschatten wat er na het opstellen van het gunningsverslag nog wel of niet zou zijn gebeurd en in welke mate de opdracht dus aan de gekozen inschrijver mocht worden gegund. Hiermee staat de schending van de formelemotiveringsplicht vast. Bij gebrek aan bewijs dat de nodige informatie tijdig en voorafgaand aan de gunningsbeslissing aan de verwerende partij werd bezorgd, dient te worden besloten dat de verwerende partij niet het noodzakelijke onderzoek naar de toepassing van een verplichte of facultatieve uitsluitingsgrond heeft kunnen voeren.

15. In de memorie van antwoord voert de verwerende partij aan dat het middel niet ontvankelijk is omdat foutief wordt verwezen naar de artikelen 51, § 2, en 82, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

Op de stelling dat er geen duidelijkheid zou zijn omtrent het al dan niet bekomen van de nodige informatie, antwoordt de verwerende partij dat zij zelf het nodige kon doen om deze informatie via Telemarc op te vragen, en zij dan ook over deze informatie beschikte ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing. Wat “de overige informatie” betreft, stelt de verwerende partij dat dit geen essentiële informatie betrof doch louter een feitelijke invulling van de opdracht die ook nadien nog kon worden verduidelijkt. Er is volgens haar dan ook geen sprake van enige schending van de formele motiveringsverplichting.

16. Wat de opgeworpen niet-ontvankelijkheid van het tweede middel betreft, verwijst de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord naar haar verweer bij het eerste middel.

Ten gronde herhaalt de verzoekende partij dat de ontbrekende informatie wel degelijk essentieel was. Voor zover de verwerende partij daarnaast

stelt dat zij de nodige informatie zelf kon opvragen via Telemarc, betreft dit volgens de verzoekende partij het ontbrekende RSZ-attest, het attest van niet-faling en het fiscaal attest van de FOD Financiën. Indien de verwerende partij deze documenten ook daadwerkelijk zou hebben opgevraagd vooraleer tot gunning over te gaan, dan had zij de bedoelde en tijdig opgevraagde stukken ook effectief in het administratief dossier in deze procedure kunnen bijbrengen. Uit deze stukken zou dan kunnen blijken of zij inderdaad tijdig (vóór de datum van de gunnings-beslissing) werden opgevraagd. De verwerende partij blijkt echter naar geen enkel dergelijk stuk te kunnen verwijzen, wat bevestigt dat de ontbrekende informatie niet voorhanden was op het moment van de gunningsbeslissing.

Beoordeling

Exceptie

17. De verzoekende partij voert in het tweede middel niet de schending aan van de artikelen 51, § 2, en 82, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

De exceptie mist feitelijke grondslag.

Ten gronde

18. Ook al is het gebruik van het voorgedrukt offerteformulier te dezen in het bestek niet op straffe van onregelmatigheid van de offerte voor-geschreven, draagt de inschrijver “de volle verantwoordelijkheid voor de volledige overeenstemming van de door hem aangewende documenten met de formulieren van de opdrachtdocumenten”, en dient de aanbestedende overheid bijgevolg wel in de mogelijkheid te zijn de gevraagde informatie te verifiëren.

Overeenkomstig artikel 62, § 2, en 63, § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 dient de aanbestedende overheid de toestand op het vlak van de sociale en fiscale 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. Het RSZ-attest geeft aan of de werkgever zijn bijdrage-verplichtingen heeft volbracht voor zijn personeel dat aan de wet van 27 juni 1969 ‘tot herziening van de besluitwet van 28 december 1994 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders’ onderworpen is. Overeenkomstig artikel 73, § 1, tweede lid, van het voormeld koninklijk besluit gaat de aanbestedende overheid na of entiteiten op wier draagkracht een ondernemer zich wil beroepen, aan de selectiecriteria voldoen en of voor hen uitsluitingsgronden bestaan, en overeenkomstig artikel 74, eerste lid, van dit besluit kan de aanbestedende overheid, ten aanzien van onderaannemers op wier draagkracht de ondernemer geen beroep doet, de inschrijver in de opdrachtdocumenten verzoeken om in zijn offerte te vermelden welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt.

In het bestek wordt elk van deze bepalingen hernomen.

19. De formelemotiveringsplicht zoals die vervat ligt in de door de verzoekende partij geschonden geachte bepalingen, vereist niet dat het onderzoek dat de aanbestedende overheid voert naar de uitsluitingsgronden 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.

20. Het gunningsverslag, waarop de bestreden beslissing steunt, stelt voor de opdracht te gunnen aan de nv S.:

“onder voorbehoud van voorafgaandelijke voorlegging van de volgende ontbrekende documenten:

- RSZ-attest
- attest FOD financiën
- attest niet falend
- ontbrekende informatie betreffende punt 3 (onderaannemers) en 4 (personeel) van het offerteformulier.

De Aanbesteder kan hiervan volgende documenten zelf opvragen via telemarc (digiflow): RSZ - attest, attest FOD financiën, attest niet-falend”.

De Raad van State stelt vast dat de verwerende partij de voornoemde attesten niet bijbrengt, en geen duidelijkheid schept over ontbrekende informatie betreffende het tewerkgesteld personeel en eventuele onderaannemers van de gekozen inschrijver. Noch uit het administratief dossier in het algemeen, noch uit het gunningsverslag of 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 gunningsverslag uitdrukkelijk aan de verificatie door de verwerende partij hadden overgelaten.

Uit wat voorafgaat, volgt 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.

21. Het tweede middel, tweede onderdeel, is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 26 februari 2021 van de raad van bestuur van VITAS, opdrachthoudende vereniging, waarbij de opdracht ‘Uitbreiding WZC Reigersvliet met nieuwbouw De Kiosk’, perceel 1

‘Ruwbouw, afwerking, technische installaties, omgevingswerken’ wordt gegund aan de nv S.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op dertig september tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Kaat Leus,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques