

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.181 van 23 februari 2012
in de zaak A. 193.065/XII-5862**

In zake: 1. de NV SITA REMEDIATION
2. de NV SITA RECYCLING SERVICES
3. de BV KOOLE, vennootschap naar Nederlands recht
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap SI-KO MOL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jean-Baptiste Petitat en Victor Petitat
kantoor houdend te 8310 Sint-Kruis
Sportstraat 49
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE VLAAMSE AFVALSTOFFEN-
MAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 juni 2009, strekt tot de
nietigverklaring van:

“1° de beslissing van de OVAM dd. 14.05.2009 waarin wordt beslist:
‘artikel 1. In het kader van de opdracht voor aanneming van werken ‘Mol-
Balmatt: eerste fase bodemsanering - perceel 1445 K2’ (besteknummer
SV081201), waarbij de opdracht wordt gegund middels de procedure van
openbare aanbesteding en de OVAM optreedt als aanbestedende overheid,
wordt de offerte van Mourik als voordeligste offerte beoordeeld. Art. 2.
De in artikel 1 bedoelde opdracht voor aanneming van werken wordt
gegunst aan Mourik, Groenendaallaan 399 te Antwerpen voor het bedrag
van 1.887918,12 euro (excl. BTW). Art. 3 De gunningsbeslissing wordt
betekend aan Mourik van zodra de nodige budgetten zijn vastgesteld’;

2° de beslissing dd. 19.05.2009 om de hiervoor vermelde opdracht te betekenen aan de NV Mourik;
3° de beslissing dd. 14.05.2009, samen gelezen met het gunningsverslag dd. 22.04.2009, om de offerte van de THV 'SI-KO Mol' voor de hiervoor genoemde opdracht als substantieel onregelmatig te weren;
4° de impliciete beslissing om de hiervoor genoemde opdracht niet te gunnen aan de THV 'SI-KO Mol'".

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 oktober 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Victor Petitat, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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. OVAM schrijft een overheidsopdracht uit voor de eerste fase van een bodemsaneringproject Mol-Balmatt, perceel 1445 K2, gelegen aan de Lichtstraat 20 te Mol.

De gunningswijze is de openbare aanbesteding. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 februari 2009.

3.2. Het bestek vermeldt over de inschrijvingswijze het volgende:

“Het inschrijvingsbiljet en elk van de bijlagen dienen op straffe van nietigheid door de inschrijver ondertekend te zijn. De inschrijver voegt hierbij een machtiging dat de perso(o)n(en) die de inschrijving onderteken(t)(en) de onderneming(en) geldig kan (kunnen) verbinden.”.

3.3. Er zijn zeven inschrijvingen waaronder die van verzoekende partijen en die van de nv Mourik die met prijzen van respectievelijk 1.834.056,69 euro en 1.849.336,91 euro de twee laagste inschrijvers zijn.

3.4. In het gunningsverslag van 22 april 2009 wordt over de offerte van verzoekende partijen het volgende vermeld:

“THV SI-KO Mol

De inschrijver is de THV SI-KO Mol, bestaande uit

- Sita Remediation uit Grimbergen,
- Sita Recycling uit Beerse
- Koole BV uit Vijfhuizen, NL

In weerwil van artikel 93 van het KB van 8 januari 1996 werd de offerte niet ondertekend door elk van de drie inschrijvers die deel uitmaken van de [...] THV. De offerte is onregelmatig.

Er werden slechts ‘verklaringen op eer’ gevoegd waarbij is vermeld dat ‘de firma Sita Remediation alle nodige bescheiden en documenten mag ondertekenen in naam van de volgende tijdelijke handelsvereniging THV SI-KO Mol’.

Deze ‘verklaring op eer’ houdt geen onbetwistbare volmacht/lastgeving in verleend door de verschillende partners van de THV aan Sita Remediation om in naam en voor rekening, deze vennootschappen te verbinden

opzichts de OVAM om voor de in de bewuste offerte vermelde prijs de uitvoering aan te gaan en solidair zich te verbinden conform de bepalingen van het bijzonder bestek. Bovendien is er een verklaring op eer waarbij de firma Koole verklaart dat Sita Remediation volmacht heeft om te ondertekenen in naam van de THV SI-KO Mol. Deze verklaring op eer is echter opgemaakt door een andere rechtspersoonlijkheid, namelijk Koole NV uit Ranst dan de rechtspersoonlijkheid die deel uitmaakt van de THV, namelijk Koole bv uit Vijfhuizen.

Zelfs indien de ‘verklaringen op eer’ aanzien zouden kunnen worden als rechtsgeldige volmachten van de twee vennootschappen aan Sita Remediation om deze twee vennootschappen rechtsgeldig te verbinden naar de OVAM toe, dan nog moet worden vastgesteld dat alleszins voor wat betreft de firma Koole niet de BV uit Nederland dan wel de NV uit België deze verklaring heeft ondertekend. Deze verklaring op eer voor de NV Koole werd bovendien en ten overvloede ‘in opdracht’ ondertekend door de Muynck Liesbeth, zonder dat daarbij is vermeld voor welke volmachtgever zou zijn ondertekend onverminderd de omstandigheid dat de bewuste volmacht niet is bijgevoegd.

In toepassing van het KB van 8 januari 1996, meer specifiek artikel 89 betreffende ondertekening, artikel 93 betreffende vereniging, volmacht en vervanging en artikel 94 betreffende volmacht is de offerte van de THV SI-KO Mol aangetast door een substantiële onregelmatigheid welke de nietigheid van de inschrijving met zich brengt.

In weerwil van artikel 93 werd de offerte niet ondertekend door alle leden van de THV. Indien het al aanvaardbaar en mogelijk zou zijn om gezien het aangehaalde artikel 93 van het KB van 8 januari 1996 daartoe een volmacht te verlenen, blijkt niet dat de nv Sita Remediation de offerte tevens als beweerde volmachtdrager van de BV Koole en de NV Sita Recycling ondertekende. Bijkomend ligt geen onbetwistbare volmacht voor waarbij de NV Sita Remediation daartoe werd beopdracht.

De inschrijving wordt niet weerhouden voor verdere beoordeling”.

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Mourik voor een prijs van 1.887.918,73 euro, btw niet inbegrepen.

3.5. Op 14 mei 2009 beslist de administrateur-generaal van verwerende partij onder verwijzing naar het gunningsverslag als volgt:

“Artikel 1. In het kader van de opdracht voor aanneming van werken ‘Mol - Balmatt : eerste fase bodemsanering - perceel 1445 K2’ (besteknummer SV081201), waarbij de opdracht wordt gegund middels de procedure van openbare aanbesteding en de OVAM optreedt als aanbestedende overheid, wordt de offerte van Mourik als voordeligste offerte beoordeeld.

Art. 2. De in artikel 1 bedoelde opdracht voor aanneming van werken wordt gegund aan Mourik, [...] voor het bedrag van 1.887918,73 euro (excl. BTW).

Art. 3. De gunningsbeslissing wordt betekend aan Mourik van zodra de nodige budgetten zijn vastgelegd”.

3.6. Met een brief van 19 mei 2009 stelt verwerende partij de nv Mourik in kennis van het feit dat de opdracht aan deze onderneming gegund wordt.

Met een brief van dezelfde datum worden verzoekende partijen in kennis gesteld van het feit dat de opdracht wordt toegewezen aan de nv Mourik, van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag.

3.7. Met een dagvaarding uitgebracht op 2 juni 2009 vragen verzoekende partijen de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg zetelend in kortgeding onder meer “het gunningscontract dd. 19.05.2009” op te schorten tot de Raad van State een uitspraak zal hebben gedaan over een annulatieberoep tegen de gunningsbeslissing. Op 6 juli 2009 beslist de voorzitter dat de vordering ontvankelijk doch ongegrond is.

3.8. Met een dagvaarding uitgebracht op 10 juni 2009 vragen verzoekende partijen de rechtbank van eerste aanleg onder meer te zeggen voor recht dat de offerte van verzoekende partijen niet substantieel onregelmatig is en dat verzoekende partijen recht hadden op de toewijzing. Op 30 november 2009 beslist de rechtbank van eerste aanleg dat de vordering deels onontvankelijk, deels ongegrond is.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het beroep op ten aanzien van de tweede en de vierde bestreden beslissing.

5. De excepties hebben betrekking op de omvang van het beroep. Ze behoeven hier geen antwoord nu hierna zal blijken dat geen van de middelen wordt aanvaard.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een eerste middel voeren verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 49 en 10 van het EG-Verdrag, de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, van de Europeesrechtelijke beginselen van non-discriminatie en effectiviteit en van de internrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het fair-play-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

Zij formuleren hun middel als volgt:

“34. Doordat de verwerende partij de gunningsbeslissing dd. 14.05.2009 op 19.05.2009 liet betekenen aan een andere inschrijver dan verzoeksters en hierdoor een gunningscontract tot stand bracht; en doordat de verwerende partij in de gunningsbeslissing dd. 14.05.2009 stelde dat deze beslissing slechts zou worden betekend van zodra de nodige kredieten zouden zijn vastgelegd;

35. Terwijl, krachtens de artikelen 49 en 10 van het EG-Verdrag, de artikelen 6 en 13 van het EVRM, de Europeesrechtelijke beginselen van non-discriminatie en effectiviteit; en de internrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur, een aanbestedende overheid een redelijke termijn moet laten tussen de gunningsbeslissing en de betekening ervan zodat de geweerde inschrijver zich op een snelle, doeltreffende en nuttige wijze kan verzetten tegen deze beslissing en het recht op het vrij verkeer van diensten binnen de interne markt niet belemmerd wordt; en terwijl een aanbestedende overheid het rechtmatig vertrouwen van de geweerde inschrijver niet mag verschalken;

36. Zodat de verwerende partij door de gunningsbeslissing dd. 14.09.2009 op dezelfde dag te betekenen aan de gekozen kandidaat als op de dag waarop verzoeksters kennis wordt gegeven dat hun offerte onregelmatig

werd verklaard, de vereiste redelijke termijn niet heeft gerespecteerd zodat de litigieuze gunningsbeslissing op onwettige wijze werd betekend; en zodat de verwerende partij door de indruk te wekken dat de gunningsbeslissing niet onmiddellijk zou worden betekend verzoeksters vertrouwen heeft verschalkt”.

In de toelichting bij het middel wijzen verzoekende partijen erop dat een geweerde inschrijver het recht heeft op een doeltreffende en snelle beroepsmogelijkheid tegen elke beslissing inzake overheidsopdrachten die zijn belangen schaadt; hij dient aldus de mogelijkheid te hebben om de gunningsbeslissing te laten schorsen of vernietigen los van de mogelijkheid om na het sluiten van het gunningscontract schadevergoeding te verkrijgen. Er moet dan ook een redelijke termijn verlopen tussen de mededeling van het gunningsbesluit aan de afgewezen inschrijver en het sluiten van de overeenkomst. Te dezen werd de gunningsbeslissing onmiddellijk betekend zonder een wachttermijn in acht te nemen zodat er voor verzoekende partijen geen mogelijkheid was om een schorsingsvordering bij de Raad van State in te dienen. Dit tast ook de gunningsbeslissing zelf aan.

6.2. In hun memorie van wederantwoord beklemtonen verzoekende partijen dat hun middel gericht is tegen de eerste twee bestreden beslissingen. Minstens, zo vervolgen zij, dient over de rechtsproblematiek een prejudiciële vraag gesteld te worden aan het Hof van Justitie, die luidt:

“Is een aanbestedende overheid verplicht om, ingeval een overheidsopdracht onder de Europese drempelbedragen valt maar toch een grensoverschrijdend belang heeft, - ingevolge de artikelen 10, 49 van het EG-Verdrag alsmede het effectiviteitsbeginsel-, een redelijke termijn te laten tussen de mededeling van het gunningsbesluit aan de afgewezen inschrijvers en het sluiten van de overeenkomst zodat de schorsing/vernietiging van dit gunningsbesluit kan gevorderd worden, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de gunningsovereenkomst schadevergoeding te verkrijgen (naar analogie met Europese rechtspraak H.v.J. C-212/02, 24.06.2004) of de ontbinding van het gunningscontract te bekomen? Is de bepaling vervat in artikel 21*bis* van de wet dd. 24.12.1993 die geen redelijke (wacht)termijn oplegt voor dergelijke opdrachten verenigbaar met de hiervoor genoemde bepalingen en beginselen van primair gemeenschapsrecht nu het geen wachttermijn

oplegt voor opdrachten met een grensoverschrijdend belang en al evenmin in een sanctie voorziet bij niet naleving van deze wachttermijn? Dient in ontkennend geval de gunningsbeslissing te worden nietig verklaard wanneer de rechter vaststelt dat de redelijke (wacht)termijn niet werd nageleefd, teneinde een effectieve handhaving van het gemeenschapsrecht te verzekeren (cfr. H.v.J. C-503/04, 18.07.2007, Commissie / Duitsland)?”.

6.3. In hun laatste memorie benadrukken verzoekende partijen dat het primair EG-recht te dezen van toepassing is en dat het niet in acht nemen van een redelijke termijn tussen de gunningsbeslissing en de betekening ervan de gunningsbeslissing zelf aantast.

Beoordeling

7. Het voorliggende middel oefent - in tegenstelling tot wat verzoekende partijen betogen in de memorie van wederantwoord - enkel kritiek uit op de tweede bestreden beslissing. De betekening van de gunningsbeslissing aan de begunstigde is evenwel een louter materiële handeling die niet vatbaar is voor een annulatieberoep. Het middel kan bijgevolg hoe dan ook niet tot nietigverklaring leiden, zodat de prejudiciële vraag doelloos is.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. In een tweede middel voeren verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet *juncto* artikel 1984 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 53 van het Wetboek Vennootschappen, van de artikelen 92, 93 en 94 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het verbod op machtsafwending en bevoegdheidsoverschrijding, van de artikelen 2 en 3 van de wet van

29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van het zorgvuldigheids- en *patere legem*-beginsel.

Zij formuleren hun middel als volgt:

“64. Doordat in de gunningsbeslissing dd. 14.05.2009, samen gelezen met het gunningsverslag dd. 22.04.2009, wordt overwogen dat de offerte van de THV ‘SI-KO-MOL’ enkel werd ondertekend door de NV Sita Remediation en de door verzoeksters gevoegde ‘verklaringen op eer’ geen onbetwistbare volmachten of lastgevingen inhouden waaruit blijkt dat ‘de verschillende partners van de THV aan Sita Remediation (deze volmacht hebben gegeven) om in naam en voor rekening, deze vennootschappen te verbinden opzichts de OVAM om voor de in de bewuste offerte vermelde prijs de uitvoering aan te gaan en solidair zich te verbinden conform de bepalingen van het bijzonder bestek’;

65. Terwijl, krachtens artikel 94 van het KB dd. 08.01.1996 een offerte eveneens door een gevolmachtigde mag ondertekend worden en de NV Sita Remediation, zoals blijkt uit de gevoegde volmachten (stuk 10, bijlage 4.2) de offerte van de THV ‘SI-KO-MOL’ ook ondertekende namens de overige deelgenoten, minstens de beweerdelijk nog ontbrekende volmachten konden en moesten worden opgevraagd door de verwerende partij, overeenkomstig artikel 92 van het KB dd. 08.01.1996 en het bestek; en terwijl, administratieve overheden, krachtens de artikelen 144-145 van de Grondwet en artikel 1984 van het Burgerlijk wetboek, niet de macht noch de bevoegdheid hebben om de draagwijdte van de voorlegde volmachten/lastgeving te bepalen; de solidaire verbintenis van een tijdelijke handelsvennootschap (THV) voortvloeit uit de wet zelf (artikel 53 W. Venn.); en elke administratieve beslissing op in rechte pertinente motieven moet berusten;

66. Zodat, de verwerende partij door in de bestreden beslissingen te stellen dat de offerte van de THV ‘SI-KO-MOL’ slechts door één deelgenoot werd ondertekend en aldus substantieel onregelmatig is en hierbij zelf de draagwijdte van de door verzoeksters voorgelegde volmachten heeft bepaald, de artikelen 144 en 145 van de Grondwet, het verbod op machtsafwijking en bevoegdheidsoverschrijding heeft geschonden, alsook de artikelen 92, 93 en 94 van het KB dd. 08.01.1996 en bijgevolg onafdoende is gemotiveerd;”.

In de toelichting bij het middel merken verzoekende partijen op dat eerste verzoekende partij door de tweede en de derde verzoekende partij gemachtigd was om de offerte voor deze beide te ondertekenen. De offerte die enkel door de vertegenwoordigers van de eerste verzoekende partij was

ondertekend, was dus wel middels die volmachten ook ondertekend door de andere deelgenoten van de tijdelijke handelsvennootschap (hierna: thv).

Verwerende partij heeft echter beslist dat de offerte enkel was ondertekend door de eerste verzoekende partij.

Het is, aldus verzoekende partijen, echter niet aan verwerende partij om de omvang van volmachten te interpreteren maar aan de rechter. Dat de volmachten als titel “verklaring op eer” hebben, doet niets af van hun strekking. Verwerende partij kon niet twijfelen aan de voorgelegde volmachten.

Voorts leidt het feit dat op de volmacht van de derde verzoekende partij naast de handtekening de stempel staat van de onderneming nv Koole niet tot de conclusie dat er geen volmacht gegeven is door die verzoekende partij. Ofwel betrof het een materiële vergissing en diende dus de stempel van de onderneming bv Koole te zijn vermeld dan wel betrof het een verdere volmacht namelijk een volmacht van de derde verzoekende partij aan de onderneming nv Koole om haar te vertegenwoordigen. Te dezen gaat het om de laatste veronderstelling; bv Koole heeft nv Koole gemandateerd voor de ondertekening van de offerte, stuk opgesteld op 13 maart 2009, weliswaar niet gevoegd bij de offerte.

Zo verwerende partij twijfelde aan de volmachten had ze deze dienen op te vragen daar zowel volgens artikel 92 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 als volgens het bestek het voorleggen van ontbrekende volmachten tot regularisatie leidt.

“Tenslotte”, zo vervolgen verzoekende partijen, “kon de verwerende partij er niet aan twijfelen dat de gevoegde ‘verklaringen op eer’ een volmacht of lastgeving zouden inhouden om voor naam en voor rekening solidair te verbinden. De solidaire verbintenis van de deelgenoten van de THV volgt immers rechtsreeks uit de wet (artikel 53 W. Venn.)”.

8.2. In hun memorie van wederantwoord benadrukken verzoekende partijen dat een offerte ingediend door een thv mag worden ondertekend door een deelgenoot zo deze laatste gemandateerd is door de andere deelgenoten om de offerte te ondertekenen. Bij de ondertekening hoeft niet te worden vermeld voor wie er wordt getekend. Uit de bij de offerte gevoegde volmachten blijkt duidelijk dat verwerende partij er niet kon aan twijfelen dat eerste verzoekende partij de offerte mocht ondertekenen, ook in naam van de tweede en de derde verzoekende partij. Zo verwerende partij twijfelde aan het voorhanden zijn van de volmachten dan had zij uitleg aan verzoekende partijen dienen te vragen.

8.3. In hun laatste memorie beklemtonen verzoekende partijen dat de vertegenwoordigers van de eerste verzoekende partij die de offerte ondertekenden dit tevens deden namens de andere verzoekende partijen; het feit dat dit als dusdanig niet bij hun ondertekening is vermeld is niet decisief; uit de bij de offerte gevoegde volmachten bleek afdoende dat deze laatste twee verzoekende partijen vertegenwoordigd waren. Het feit dat bij de offerte de volmacht van de derde verzoekende partij aan de nv Koole, die de volmacht namens de derde verzoekende partij ondertekende ten voordele van de eerste verzoekende partij, ontbrak, betekent niet dat verwerende partij deze niet diende op te vragen hetgeen zij naliet.

Beoordeling

9. Artikel 93, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt:

“Wanneer de inschrijver een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid is, opgericht door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen, wordt de offerte ondertekend door ieder van die personen, die verplicht zijn zich hoofdelijk te verbinden en aan te wijzen wie van hen ermede belast zal zijn de vereniging ten overstaan van de aanbestedende overheid te vertegenwoordigen.”.

Artikel 94, eerste lid, van hetzelfde koninklijk besluit luidt:

“De offerte die door gemachtigden wordt ingediend vermeldt duidelijk de volmachtgever of de volmachtgevers voor wie wordt gehandeld. De gemachtigden voegen bij hun offerte de authentieke of onderhandse akte waaruit hun bevoegdheid blijkt, of een gewaarmerkt afschrift van hun volmacht. Zij kunnen zich beperken tot verwijzing naar het nummer van de bijlage van het Belgisch Staatsblad waarin hun bevoegdheden zijn bekendgemaakt.”.

10. Verwerende partij heeft de offerte van verzoekende partijen onregelmatig verklaard om reden dat deze offerte niet ondertekend was door alle drie de inschrijvers. De twee verklaringen op eer houden aldus verwerende partij geen onbetwistbare volmachten aan eerste verzoekende partij in om de twee andere inschrijvers te verbinden. Voorts, zelfs mocht er rekening worden gehouden met die verklaringen als volwaardige volmachten, wordt de verklaring op eer van de derde verzoekende partij niet door deze partij zelf maar door een andere rechtspersoon, namelijk de nv Koole, ondertekend.

11. Het inschrijvingsbiljet en de meetstaat van de offerte zijn enkel ondertekend door de vertegenwoordigers van de eerste verzoekende partij en voorzien van haar stempel. Nergens wordt hierbij vermeld dat deze vertegenwoordigers ook tekenen voor de andere inschrijvers niettegenstaande de inschrijving uitgaat van een thv die uit drie leden bestaat.

Bij de bijlagen zitten twee zogenaamde verklaringen op eer. De eerste lijkt uit te gaan van vertegenwoordigers van de tweede verzoekende partij en hierin verklaren zij “dat de firma SITA Remediation alle nodige bescheiden en documenten mag ondertekenen in naam van de volgende tijdelijke handelsvereniging THV ‘SI-KO MOL’, waarin wij partner zijn”. De tweede vermeldt als volmachtgever de “firma Koole” en is ondertekend “i.o.” door Liesbeth De Muynck en voorzien van de stempel van de nv Koole; in dit document is geen sprake van de derde verzoekende partij.

Geen bijlagen zijn gevoegd waaruit de vertegenwoordigingsbevoegdheid blijkt namens de tweede en de derde verzoekende partij noch van de nv Koole.

12. Gelet op de geciteerde reglementaire bepalingen en de concrete omstandigheden van de zaak had de aanbestedende overheid het recht een inschrijving als onregelmatig te weren wanneer deze niet geldig ondertekend was of wanneer deze niet de stukken of inlichtingen bevat die moeten toelaten vast te stellen dat de ondertekenaar van de inschrijving de bevoegdheid heeft om de natuurlijke persoon of rechtspersoon namens welke hij optreedt, te verbinden, te dezen alleen reeds om reden dat uit de inschrijving nergens een verbintenis noch machtiging uitgaande van de derde verzoekende partij blijkt. Het is pas in de procedure voor de Raad van State dat de derde verzoekende partij een door haar ondertekend document voorlegt waaruit zou moeten blijken dat zij op het ogenblik van de inschrijving een machtiging had gegeven aan een aan de inschrijving en de thv vreemde rechtspersoon, dit is nv Koole, om de eerste verzoekende partij op haar beurt te machtigen voor haar het inschrijvingsbiljet te ondertekenen. Het is dan ook vaststaand dat nergens uit de offerte van de thv bleek dat de derde verzoekende partij zich op het ogenblik van de inschrijving tot de inschrijving verbond. De conclusie van de bestreden beslissing dat de offerte niet ondertekend was door alle inschrijvers is dan ook op grond van die vaststelling terecht.

13. Het middel is ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

14.1. In een derde middel voeren verzoekende partijen de schending aan van artikel 49 van het EG-Verdrag en de daarin vervatte fundamentele beginselen, namelijk het algemene verbod op non-discriminatie en de rechten van

verdediging, van de artikelen 110, § 2, *juncto* 89, 92-94 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van de beginselen van behoorlijk bestuur met name het gelijkheidsbeginsel, het *patere legem*-beginsel, het redelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij formuleren hun middel als volgt:

“98. Doordat, in de bestreden beslissingen de offerte van de verzoekende partijen als substantieel onregelmatig wordt geweerd omdat de offerte van de THV ‘SI-KO-MOL’ niet zou ondertekend zijn door alle deelgenoten van deze THV, vermits bij de offerte van de THV ‘SI-KO-MOL’ geen of geen onbetwistbare volmachten zouden zijn gevoegd waaruit blijkt dat één deelgenoot, namelijk de NV Sita Remediation, gemachtigd was om in naam van de overige deelgenoten, de NV Sita Recycling en Koole BV, de offerte van de THV ‘SI-KO-MOL’ te ondertekenen en hen solidair te verbinden; en doordat in de bestreden beslissing de offerte van twee andere inschrijvers (Aclagro — AVB en DEC Renotec) niet als substantieel onregelmatig wordt geweerd hoewel de offerte van deze inschrijvers een aantal gelijkaardige documenten ontbeerden;

99. Terwijl, eerste onderdeel, uit de artikelen 110 §2 *juncto* 89, 92-94 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, samen gelezen met het bestek (stuk 8, p. 5/37-5/38), volgt dat het voegen van ‘de machtiging dat de perso(o)n(en) die de inschrijving onderteken(t)(en) de onderneming geldig kan (kunnen) verbinden’ niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven en de verwerende partij ontbrekende documenten dient op te vragen; en terwijl de aanbestedende overheid dient te motiveren waarom het (beweerdelijk) ontbreken van de vereiste volmachten die konden worden opgevraagd afbreuk zou doen aan het verbindend karakter van de inschrijving dan wel de gelijkheid van de inschrijvers;

100. Terwijl, tweede onderdeel, elke aanbestedende overheid, op grond van artikel 49 van het EG-Verdrag, en de daarin vervatte fundamentele beginselen, namelijk het algemene verbod op non-discriminatie en de rechten van verdediging; alsook op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en de hoorplicht, een inschrijver dient te horen in zijn verweermiddelen vooraleer diens offerte als onregelmatig te weren en diens offerte geenszins automatisch kan worden geweerd zeker wanneer in het bestek wordt voorgeschreven dat de beweerdelijke onregelmatigheid kon worden geregulariseerd;

101. Terwijl, derde onderdeel, elke aanbestedende overheid bij de beoordeling van de regelmatigheid van offertes, overeenkomstig de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het daarin vervatte gelijkheidsbeginsel, alle inschrijvers op een gelijke wijze moet behandelen en een zelfde onregelmatigheid die niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, niet bij de ene inschrijver als een

substantiële onregelmatigheid kan aanmerken en bij andere inschrijvers niet; minstens dient de aanbestedende overheid te motiveren waarom een verschillende behandeling toch gerechtvaardigd zou kunnen worden;

102. Zodat, eerste onderdeel, de verwerende partij in de bestreden beslissingen de artikelen 110 §2 *juncto* 89, 92-94 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 alsook het *patere legem*- en zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden door het beweerdelijk ontbreken van de volmachtdocumenten als een substantiële onregelmatigheid te beschouwen en hieruit af te leiden dat de offerte van verzoeksters niet ondertekend zou zijn; en zodat minstens niet werd gemotiveerd waarom er een onzekerheid zou bestaan over het verbindend karakter van de door verzoeksters ingediende offerte of de gelijkheid van de inschrijvers zou worden geschonden indien de beweerdelijk ontbrekende volmachten vooralsnog zouden worden opgevraagd na de opening der offertes;

103. Zodat, tweede onderdeel, de verwerende partij in de bestreden beslissingen de fundamentele regels van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van dienstverlening (artikel 49 EG-Verdrag), het algemene verbod van discriminatie en de rechten van verdediging; het *patere legem*- en zorgvuldigheidsbeginsel alsook de hoorplicht heeft geschonden door de offerte van de verzoekende partij onmiddellijk als substantieel onregelmatig te beoordelen zonder de verzoekende partijen te horen of hen toe te staan de beweerdelijk ontbrekende stukken naderhand voor te leggen, zoals voorzien in het bestek;

104. Zodat, derde onderdeel, de verwerende partij door de offerte van verzoeksters op een ongelijke wijze te beoordelen in vergelijking met andere inschrijvers die bepaalde andere niet op straffe van nietigheid voorgeschreven documenten ontbeerden, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het daarin vervatte gelijkheidsbeginsel heeft geschonden; en zodat minstens niet werd gemotiveerd waarom de beweerdelijk ontbrekende of gebrekkige stukken, in tegenstelling tot ontbrekende *curricul[a] vitae* van andere inschrijvers, naderhand niet konden worden voorgelegd”.

In de toelichting bij het middel benadrukken verzoekende partijen dat de aanbestedende overheid zich in het bestek zelf het recht had voorbehouden om bijkomende documenten die niet op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven, op te vragen ingeval deze ontbraken. De aanbestedende overheid kon dit ook op basis van artikel 92 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Overigens diende de aanbestedende overheid deze op te vragen op grond van de hoorplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel. Te dezen gaat het, aldus verzoekende partijen, om beweerdelijk gebrekkige volmachten hetgeen hoogstens een relatieve

onregelmatigheid kan inhouden en niet zoals verwerende partij voorhoudt een substantiële onregelmatigheid.

Verwerende partij heeft ten andere de offerte van een andere inschrijver, waarin *curricula vitae* ontbraken, geregulariseerd niettegenstaande het ontbreken ervan bij de offerte, net zoals machtigingen, niet op straffe van nietigheid was voorgeschreven.

14.2. In hun memorie van wederantwoord en laatste memorie stellen verzoekende partijen voor om volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie:

“Verzetten de fundamentele regels van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting alsmede het algemene verbod van discriminatie zich tegen een nationale regeling die de aanbestedende diensten, wat opdrachten betreft met een waarde beneden de Europese drempel, en met een duidelijk grensoverschrijdend belang, dwingend ertoe verplichten om in het geval een inschrijving van een tijdelijke handelsvennootschap wordt ingediend doch waarbij naar oordeel van de aanbestedende diensten de volmachten van de deelgenoten gebrekkig zijn of ontbreken, automatisch de inschrijvingen uit te sluiten, zonder dat die aanbestedende diensten een mogelijkheid wordt gelaten de betrokken inschrijvers om preciseringen daarover te verzoeken of eventueel ontbrekende volmachten te laten voorleggen?”.

Beoordeling

15. In het bestek worden de inschrijvers verzocht bij hun bieding op straffe van nietigheid een behoorlijk ingevuld en geldig ondertekend inschrijvingsbiljet te voegen; voorts moeten bij de inschrijving onder meer worden gevoegd de machtiging dat de persoon die de inschrijving ondertekent de onderneming geldig kan verbinden en de *curricula vitae* van de werf- en projectleider.

16. De bestreden beslissing bevat nopens de inschrijving van Aclagro-AVB de volgende passage:

“Het curriculum vitae van de opgegeven projectleider bevat weinig informatie. Er kan niet uit afgeleid worden dat de projectleider de gevraagde ervaring heeft.
Indien deze offerte de goedkoopste blijkt na verdere beoordeling dient deze informatie opgevraagd te worden.
Aangezien het een document betreft dat niet op straffe van nietigheid werd gevraagd wordt dit beschouwd als een relatieve onregelmatigheid. De inschrijving wordt weerhouden”.

17. Zoals bij de beoordeling van het tweede middel werd vastgesteld mocht verwerende partij het niet-ondertekend zijn van de inschrijving door noch namens de derde verzoekende partij die zich op geen enkele wijze verbonden had, terecht beschouwen als een geval van substantiële onregelmatigheid.

In die omstandigheden mist het derde middel feitelijke grond in de mate dat het ervan uitgaat dat de onregelmatigheid een gebrek aan bestaande doch niet voorgelegde machtigingen betreft; zo ook kunnen verzoekende partijen niet aanvoeren dat zij hadden dienen te worden gevraagd naar het voorleggen van de machtigingen. Voorts is aldus de kwestie of het ontbreken van een volledig *curriculum vitae* bij een andere inschrijver een met hun casus vergelijkbaar geval zou zijn, niet dienstig.

Ook de prejudiciële vraag die pas in de memorie van wederantwoord werd opgeworpen en ervan uitgaat dat het om een geval van relatieve onregelmatigheid gaat, dient om deze reden niet te worden gesteld.

Het middel wordt verworpen.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

18. In een vierde middel voeren verzoekende partijen de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van het recht op het toewijzen/gunnen van de opdracht en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

Zij formuleren hun middel als volgt:

“147. Doordat in de eerste bestreden beslissing dd. 14.05.2009 wordt beslist de litigieuze opdracht toe te wijzen/gunnen aan de NV Mourik als ‘voordeligste offerte’ (eerste bestreden beslissing), deze gunningsbeslissing op 19.05.2009 ook wordt betekend aan de NV Mourik (tweede bestreden beslissing) en diezelfde opdracht impliciet doch zeker niet wordt gegund aan de verzoekende partij (vierde bestreden beslissing);
148. Terwijl een overheidsopdracht voor de aanbesteding van werken dient toegewezen te worden aan de laagst regelmatige inschrijver en de verzoekende partijen voor de laagste regelmatige offerte hebben ingeschreven;
149. Zodat in de bestreden beslissingen door de litigieuze opdracht toe te wijzen aan de NV Mourik als ‘voordeligste offerte’ artikel 15 van de wet dd. 24.12.1993 wordt geschonden alsook recht van de verzoekende partij dat de litigieuze aanbesteding aan hen wordt toegewezen en gegund, en bijgevolg onafdoende is gemotiveerd”.

Beoordeling

19. Daar het vierde middel slechts gegrond kan worden bevonden voor zover het tweede of derde middel dit zijn, en geen van de beide dit is, dient ook het vierde middel te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 525 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 februari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest