RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 222.690 van 28 februari 2013
in de zaak A. 207.828/XII-7227

In zake: 1. de NV VAN ROBAYS
2. de NV JOZEF VANDEN BUVERIE EN C°
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
VAN ROBAYS-VANDEN BUVERIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Liesbeth Groffils
kantoor houdend te 9000 Gent
Rabotstraat 118
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 januari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de gunningsbeslissing welke werd genomen door het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de minister van mobiliteit en openbare werken […] en bij delegatie door de administrateur-generaal van het Vlaams Gewest, Agentschap Wegen en Verkeer […] op 29 november 2012 (voorgesteld op 21 november 2012) waarbij [de overheidsopdracht met besteknummer 1M3D8H/12/49] werd gegund aan […] Aswebo nv en waarbij de door [de thv Van Robays-Vanden Buverie] ingediende offerte administratief onregelmatig werd bevonden".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 februari 2013, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Han Vervenne, die loco advocaat Liesbeth Groffils verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Jochen Honnay, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. Het agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Oost-Vlaanderen, van het Vlaams Gewest schrijft bij wijze van openbare aanbesteding een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit met als voorwerp "N9 Lovendegem + N456 Lembeke + N448 Ertvelde : structureel onderhoud van KWS-verharding".

De opdracht wordt geraamd op 1.394.453,79 euro.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 23 augustus 2012.

3.3. In het toepasselijke bestek vestigt de aanbestedende overheid er de bijzondere aandacht op dat de offertes elektronisch kunnen worden ingediend

en in het bij het bestek gevoegd offerteformulier wordt tevens vermeld dat bij de offerte onder meer het bewijs is meegeleverd dat de offerte werd ondertekend door een gemandateerde van de inschrijver. Daarbij wordt erop gewezen dat dit vereiste ook geldt voor het indienen van een elektronische offerte.

3.4. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 4 oktober 2012. Zeven inschrijvers dienen een offerte in, waaronder verzoekende partijen en de gekozen inschrijver nv Aswebo.

3.5. Na rekenkundig nazicht worden de inschrijvers, alle geselecteerd, als volgt gerangschikt:

Nr.	Firma	Totaal (incl. btw.)
1	nv Aswebo	1.334.524,35
2	TV Van Robays - Vanden Buverie	1.444.599,46
3	nv Stadsbader	1.524.600,45
4	Van Wellen	1.551.415,77
5	Heijmans Infra	1.581.911,08
6	nv Wegebo	1.657.832,02
7	Norré-Behaegel	1.733.956,50

3.6. Voorts wordt in het gunningsverslag de offerte van verzoekende partijen administratief onregelmatig verklaard, en voorgesteld om de opdracht te gunnen aan nv Aswebo als laagste regelmatige inschrijver.

3.7. Op 29 november 2012 beslist verwerende partij om de opdracht gelet op de motieven in het gunningsverslag te gunnen aan nv Aswebo.

3.8. Bij aangetekend schrijven van 16 januari 2013 deelt verwerende partij aan verzoekende partijen mee dat hun offerte onregelmatig is bevonden en werd geweerd.

Als bijlage wordt een kopie gevoegd van het gunningsverslag met de gemotiveerde gunningsbeslissing.

3.9. Bij aangetekend schrijven van 22 januari 2013 wordt aan nv Aswebo kennisgeving gedaan van de goedkeuring van het inschrijvingsbiljet.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

4.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 'tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten' van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

5. Het eerste middel is genomen uit de "schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheids-, proportionaliteits- en redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur".

Verzoekende partijen voeren daartoe aan dat het zorgvuldigheidsbeginsel impliceert dat er een actieve onderzoeksplicht berust op de aanbestedende overheid, *a fortiori* wanneer de wetgever in het al dan niet verplicht inwinnen van bijkomende inlichtingen voorziet.

In het licht van het voorgaande mocht verwerende partij volgens hen niet louter op grond van de vaststelling dat de elektronische offerte enkel ondertekend was door Marleen Vanwynsberghe en zonder bijkomende inlichtingen in te winnen tot de administratieve onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partijen besluiten, te meer daar de "toepasselijke regelgeving inzake overheidsopdrachten expliciet [voorziet] in de mogelijkheid voor de bevoegde overheid om bijkomende inlichtingen in te winnen in elke fase van de procedure indien dit nodig of noodzakelijk is". Daarbij wordt verwezen naar artikel 92 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 'betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken'. Volgens verzoekende partijen stond het de bevoegde overheid "vrij om bij [hen] na te gaan of Marleen Vanwynsberghe over de bevoegdheid of het mandaat beschikte om de ingediende offerte namens de tijdelijke handelsvereniging te ondertekenen dan wel of zij wel degelijk over een volmacht vanwege Vanden Buverie beschikte en daarvan de nodige en dienstige bewijsstukken te overleggen". Door dergelijke vraag niet te stellen, is verwerende partij manifest tekort geschoten in haar actieve onderzoeksplicht.

Daarnaast heeft verwerende partij volgens verzoekende partijen tevens het gelijkheidsbeginsel geschonden door ten aanzien van de gekozen

inschrijver wel over te gaan tot het inwinnen van bijkomende inlichtingen naar aanleiding van een beweerde opmerkelijk hoge eenheidsprijs en deze inschrijver aldus wel de kans te geven de nodige uitleg te verstrekken en bijkomende stukken voor te leggen. Zulks is een verschil in behandeling dat onredelijk is.

Beoordeling

6.1. Krachtens artikel 89 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 is de vereiste ondertekening van het inschrijvingsbiljet een substantiële formaliteit, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte tot gevolg heeft en lijkt het gebrek aan ondertekening niet te kunnen worden gedekt nu zulks onzekerheid met zich kan meebrengen betreffende de verbintenissen van de inschrijvers.

Voorts bepalen de artikelen 93 en 94 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 het volgende:

> "Artikel 93
>
> § 1 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.
> Onverminderd artikel 11 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, moeten de leden van dergelijke vereniging de bepalingen van de artikelen 89 tot 92 en 103 naleven, alsof zijzelf de inschrijver zouden zijn.
> § 2 Bij beperkte procedure kan, indien het bestek het toelaat, de aanbestedende overheid een offerte, ingediend door een tijdelijke vereniging die niet geselecteerde personen bevat aanvaarden, voor zover minstens één geselecteerde kandidaat deel uitmaakt van deze vereniging.
>
> Artikel 94
>
> 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.
> Volmachtgevers kunnen, met het oog op latere opdrachten, de volmacht neerleggen die zij aan een of meer welbepaalde gemachtigden hebben gegeven. Deze volmacht geldt alleen voor de opdrachten van de aanbestedende overheid waarbij zij is neergelegd. De gemachtigde vermeldt bij iedere offerte de datum van neerlegging van die volmacht.
> De offerte die met een elektronische handtekening wordt ondertekend door middel van een certificaat op naam van een rechtspersoon die enkel een verbintenis aangaat in zijn naam en voor zijn eigen rekening, vereist geen bijkomende volmacht".

Uit voormelde aangehaalde artikelen 93 en 94 dient te worden afgeleid dat elke offerte ingediend door een tijdelijke handelsvennootschap ondertekend dient te worden door al de leden daarvan, behoudens volmacht.

6.2. Volgens de offerte is deze ingediend door de "tv Van Robays nv - Van Denbuverie nv", Onder de vermelding "De inschrijver(s)" op het einde van het offerteformulier is vervolgens enkel sprake van "nv VAN ROBAYS", met volgens het proces-verbaal van opening der inschrijvingen elektronische ondertekening door Marleen Vanwynsberghe voor "VAN ROBAYS nv", zonder dat blijkt dat zij namens de tijdelijke handelsvennootschap heeft ondertekend, laat staan namens de nv Jozef Vanden Buverie en Co, zoals nochtans uitdrukkelijk door het hiervoor aangehaald artikel 93 is vereist. De offerte bevat evenmin enig bewijs van volmacht.

6.3. In het gunningsverslag wordt met betrekking tot de offerte van verzoekende partijen onder verwijzing naar de artikelen 89 en 93 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 telkens het volgende opgemerkt:

> "De elektronische offerte is enkel ondertekend door Marleen Vanwynsberghe. Zij is echter enkel bevoegd om te tekenen voor Van Robays. Nergens in de offerte is er een volmacht gegeven door Vanden Buverie aan Van Robays om te tekenen in opdracht van de THV. Administratief onregelmatig".

6.4. Verzoekende partijen betwisten deze feitelijke gegevens, waarop de onregelmatigverklaring steunt, als dusdanig niet.

6.5. Te dezen lijkt dan ook te moeten worden besloten dat de offerte werd ondertekend door een organiek vertegenwoordiger van een van de twee aan de tijdelijke handelsvennootschap deelnemende vennootschappen maar dit namens slechts één van beide vennootschappen. Zulks lijkt als een substantiële onregelmatigheid te moeten worden beschouwd die niet gedekt kan worden.

6.6. In die omstandigheden lijkt er geen actieve onderzoeksplicht te rusten op verwerende partij om betreffende die ondertekening bijkomende inlichtingen in te winnen.

6.7. Verzoekende partijen lijken in elk geval in de voorliggende zaak het onderscheid uit het oog te verliezen tussen:

- de verplichting inzake de ondertekening van de offerte vervat in de artikelen 89 en 93 van het voormelde besluit, waarbij dit laatste artikel in geval van indiening van de offerte door een tijdelijke handelsvennootschap de ondertekening vereist door alle vennoten ervan;
- de verplichting om wanneer de offerte door gemachtigden wordt ingediend, duidelijk de volmachtgever of de volmachtgevers te vermelden voor wie wordt gehandeld overeenkomstig artikel 94, eerste volzin van het voormeld besluit;
- en, ten slotte, het bewijs van volmacht door de gemachtigde, zoals eveneens geregeld in voormeld artikel 94 van het voormeld besluit.

Verzoekende partijen verduidelijken namelijk niet betreffende welk gegeven verwerende partij verzoekende partijen dan wel had moeten bevragen, dat ertoe zou kunnen of moeten leiden dat over de voormelde substantiële verplichting tot ondertekening door alle inschrijvende vennoot-schappen zou kunnen worden heengegaan. Hun verwijzing naar voormeld artikel 92 is in dat opzicht niet dienstig, nu overeenkomstig dat artikel de aanbestedende overheid toestaat in eender welk stadium van de procedure van elke rechtspersoon de voorlegging te eisen van zijn statuten of vennootschapsakten, eventueel samen met een vertaling ervan door een beëdigd vertaler in de taal van de offerte wanneer het gaat om buitenlandse kandidaten of inschrijvers, evenals van elke wijziging van de inlichtingen betreffende zijn bestuurders of zaakvoerders. Die bepaling regelt niet de ondertekening zelf van offertes.

6.8. In hun middel lijken verzoekende partijen wel even gewag te maken van een volmachtenprobleem, waaromtrent zij argumenteren dat het de bevoegde overheid “vrij” stond aan Marleen Vanwynsberghe naar een eventuele volmacht te vragen vanwege de medevennoot. De niet-ondertekening door een medevennoot, hier aan de orde, is echter een gegeven dat van het al dan niet bestaan en bewijs van een volmacht moet worden onderscheiden. Verzoekende partijen geven alvast zelf aan dat de aanbestedende overheid het recht lijkt te hebben, maar zonder daartoe evenwel verplicht te zijn, een inschrijving als onregelmatig te weren, wanneer deze niet de stukken of inlichtingen bevat die moeten toelaten vast te stellen dat de ondertekenaar van de inschrijver de bevoegdheid heeft om de natuurlijke persoon of rechtspersoon namens welke hij optreedt, te verbinden. Het lijkt niet dat verzoekende partijen zich kunnen beroepen op de bijzondere regeling vervat in het hiervoor aangehaalde artikel 94, laatste lid, van het besluit.

Voorts voeren verzoekende partijen weliswaar aan dat verwerende partij op grond van een actieve onderzoeksplicht had moeten nagaan of Marleen Vanwynsberghe over de bevoegdheid of het mandaat beschikte om de ingediende offerte namens de tijdelijke handelsvennootschap te ondertekenen dan wel of zij over een volmacht vanwege nv Jozef Vanden Buverie en Co beschikte, doch zij betogen in het kader van de voorliggende procedure nergens dat dit effectief het geval zou zijn, noch leggen zij daarvan enig bewijsstuk voor.

6.9. Zij tonen ten slotte ook niet aan dat de voormelde ondertekeningsverplichting zich bij de elektronische ondertekening anders zou voordoen dan bij de niet-elektronische ondertekening; zij laten integendeel dit vraagpunt onbesproken.

6.10. Wat ten slotte de beweerde schending van het gelijkheids-beginsel betreft, valt op te merken dat slechts tot schending van het gelijkheids-beginsel kan worden besloten indien er sprake is van een vergelijkbare situatie. Dat lijkt te dezen niet het geval te zijn. De situatie van verzoekende partijen, waarvan de offerte behept lijkt te zijn met een formele onregelmatigheid die op het eerste gezicht niet regulariseerbaar is, lijkt niet vergelijkbaar te zijn met de situatie van de gekozen inschrijver, waarvan de offerte volgens verwerende partij een kennelijk

materiële fout bevatte. De overheidsopdrachtenwetgeving laat op het eerste gezicht wel toe dat aan een inschrijver vragen worden gesteld in geval van kennelijk materiële fouten of abnormale eenheidsprijzen.

6.11. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

7. Het tweede middel is genomen uit de schending van "het beginsel van de motiveringsplicht vastgelegd in de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen".

Verzoekende partijen wijzen daartoe op artikel 3 van voormelde wet, dat voorschrijft dat de juridische en feitelijke overwegingen die aan de beslissing ten grondslag liggen in de akte moeten worden vermeld en dat deze motivering ook afdoende moet zijn, hetgeen voor een discretionaire bevoegdheid inhoudt dat uitdrukkelijk en nauwkeurig de precieze en concrete gegevens worden vermeld die haar verantwoorden.

Vervolgens verwijzen zij naar de diverse vaststellingen die door de aanbestedende overheid worden gemaakt in het gunningsverslag omtrent de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver en het feit dat de in de offerte opgegeven eenheidsprijs een materiële misslag zou bevatten. Zij stellen echter dat zij het raden hebben naar de juistheid van die vaststellingen. Uit de motivering van de beslissing kan volgens hen nergens de juistheid of waarachtigheid van deze vaststellingen worden gecontroleerd, aangezien er geen stukken worden gevoegd of geciteerd bij de bestreden beslissing die deze vaststellingen zouden moeten ondersteunen. Aldus zou verwerende partij tekort geschoten zijn in haar verplichting om haar beslissing nauwkeurig en concreet te motiveren en om de juridische en feitelijke overwegingen die aan de beslissing ten grondslag liggen in de akte zelf te vermelden.

Beoordeling

8.1. Verzoekende partijen hebben met hun eerste middel, zoals hiervoor vastgesteld, niet aangetoond dat hun offerte ten onrechte onregelmatig is verklaard. Zij lijken dus als een onregelmatige inschrijver te moeten worden beschouwd.

Dergelijke inschrijver heeft geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit middelen blijkt dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

Zulks was niet het voorwerp van het eerste middel dat enkel de onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partijen zelf betrof en overigens in elk geval niet ernstig is bevonden. Ook het tweede middel kan niet tot de voormelde en vereiste conclusie leiden: in het tweede middel wordt immers enkel de behandeling van de offerte van de gekozen inschrijver aan kritiek onderworpen, terwijl benevens de offerte van de gekozen inschrijver, nog vijf inschrijvers voorhanden zijn waarvan de offerte regelmatig werd bevonden.

Verzoekende partijen hebben dan ook geen belang bij het tweede middel, zoals verwerende partij in een exceptie terecht aanvoert.

8.2. Het tweede middel is bijgevolg niet ernstig.

VI. Besluit

9. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VII. Dwangsom

10. Verzoekende partijen vragen in hun verzoekschrift tevens om "aan de beslissing tot schorsing een dwangsom te koppelen die de naleving van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing dient te garanderen".

11. Nu de gevraagde schorsing niet wordt bevolen, is er geen reden om het verzoek tot het opleggen van een dwangsom in te willigen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 februari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bram Van Thillo	**Dierk Verbiest**