RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 229.202 van 18 november 2014
in de zaak A. 207.828/XII-7227

In zake: 1. de NV VAN ROBAYS
2. de NV JOZEF VANDEN BUVERIE EN CO
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
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 31 januari 2013, strekt tot de nietigverklaring van "de gunningsbeslissing welke werd genomen door het Vlaamse Gewest […] op 29 november 2012 […] waarbij [de overheidsopdracht met besteknummer 1M3D8H/12/49] werd gegund aan [de nv Aswebo] en waarbij de door [de thv Van Robays-Vanden Buverie] ingediende offerte administratief onregelmatig werd bevonden".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 222.690 van 28 februari 2013 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partijen hebben een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Auditeur Inge Vos 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 21 oktober 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wim Mommaers, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Stijn Maeyaert, 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, btw inbegrepen.

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 de verzoekende partijen en de gekozen inschrijver, de 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 de verzoekende partijen onder verwijzing naar de artikelen 89 en 93 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 'betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken' administratief onregelmatig verklaard en wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Aswebo als laagste regelmatige inschrijver.

Over de offerte van de verzoekende partijen wordt opgemerkt:

> "De elektronische offerte is enkel ondertekend door [M.V.]. 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."

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

3.8. Bij aangetekend schrijven van 16 januari 2013 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partijen mee dat hun offerte onregelmatig werd 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 de nv Aswebo kennisgeving gedaan van de goedkeuring van het inschrijvingsbiljet.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

4.1. De verzoekende partijen voeren de "schending [aan] van het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheids-, proportionaliteits- en redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur".

De verzoekende partijen stellen 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 de verwerende partij volgens de verzoekende partijen niet louter op grond van de vaststelling dat de elektronische offerte enkel ondertekend was door M.V. en zonder bijkomende inlichtingen in te winnen, tot de administratieve onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partijen besluiten, temeer 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 voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996. Volgens de verzoekende partijen stond het de bevoegde overheid "vrij om bij [hen] na te gaan of [M.V.] 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 de verwerende partij manifest tekortgeschoten in haar actieve onderzoeksplicht.

Daarnaast heeft de verwerende partij volgens de 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.

4.2. In hun memorie van wederantwoord merken de verzoekende partijen op dat in het schorsingsarrest ten onrechte wordt vermeld dat zij niet verduidelijken betreffende welk gegeven de verwerende partij hen 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 en dat de verwijzing naar artikel 92 van

het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 in dat opzicht niet dienstig zou zijn. Dit artikel voorziet volgens de verzoekende partij immers expliciet in de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om de voorlegging te eisen van vennootschapsakten van elke rechtspersoon en in eender welk stadium van de procedure alsook van elke wijziging van de inlichtingen betreffende zijn bestuurders of zaakvoerders. De verwerende partij had in het kader van haar actieve onderzoeksverplichting en via de mogelijkheid van voornoemd artikel 92 de verzoekende partijen moeten bevragen naar alle vennootschapsakten die desgevallend een volmacht inhouden voor de ene of andere specifiek genoemde partij om alle leden van de tijdelijke handelsvennootschap te vertegenwoordigen. Voormeld artikel 92 raakt volgens hen derhalve wel degelijk aan de ondertekening van de offertes of de vereiste vertegenwoordigingsbevoegdheid of volmachtregeling voor de ondertekening ervan.

Dat het gebrek aan ondertekening of een gebrekkige ondertekening voor één van de leden van de tijdelijke handelsvennootschap een substantiële onregelmatigheid uitmaakt die niet kan worden hersteld of gedekt belet volgens de verzoekende partijen niet dat een zorgvuldige aanbestedende overheid via de op haar rustende actieve onderzoeksplicht hen had moeten bevragen omtrent het bestaan van een volmacht en vertegenwoordigings-bevoegdheid van één van de leden en daarvan de nodige bewijsstukken overeen-komstig artikel 94 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 voor te leggen. Artikel 92 van hetzelfde besluit voorziet expliciet in deze mogelijkheid.

Wat de beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel betreft repliceren zij dat zij zich wel in een vergelijkbare situatie bevinden met de gekozen inschrijver vermits voor beide situaties – het bestaan van een volmacht enerzijds, een correctie van eenheidsprijs anderzijds – het koninklijk besluit van 8 januari 1996 expliciet in de mogelijkheid voorziet voor de aanbestedende overheid om bijkomende inlichtingen in te winnen om meer duidelijkheid van de inschrijvers te verkrijgen omtrent het punt van de offerte dat onduidelijk zou zijn.

4.3. In hun laatste memorie beklemtonen de verzoekende partijen onder meer het feit dat “het gebrek aan ondertekening of een gebrekkige ondertekening voor een van de leden van de tijdelijke handelsvennootschap een

substantiële onregelmatigheid uitmaakt die niet kan worden hersteld of gedekt, […] niet [belet] dat een zorgvuldige aanbestedende overheid via de op haar rustende actieve onderzoeksplicht verzoekende partij had moeten bevragen omtrent het bestaan van een volmacht en vertegenwoordigingsbevoegdheid van een van de leden".

Beoordeling

5.1. Uit de artikelen 89, 93 en 94 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 volgt dat de offerte dient te worden ondertekend door alle inschrijvers van een tijdelijke handelsvennootschap, dat zo de offerte wordt ondertekend door een gemachtigde de offerte duidelijk de volmachtgever voor wie wordt gehandeld, moet vermelden en de gemachtigde bij de offerte de akte voegt waaruit zijn bevoegdheid blijkt.

Overeenkomstig artikel 92 van hetzelfde koninklijk besluit mag de aanbestedende overheid in eender welk stadium van de procedure van elke rechtspersoon de voorlegging eisen van zijn statuten of vennootschapsakten, eventueel vergezeld van 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.

5.2. De vereiste ondertekening van het inschrijvingsbiljet is een substantiële formaliteit, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte tot gevolg heeft en het gebrek aan ondertekening kan niet worden gedekt nu zulks onzekerheid met zich kan meebrengen betreffende de verbintenissen van de inschrijvers.

5.3. Volgens de offerte is deze ingediend door de "tv Van Robays nv - Van Denbuverie nv". Onder de vermelding "[d]e 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 M.V. 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 vermelde artikel 93 is vereist. De offerte bevat evenmin enig bewijs van volmacht.

In het gunningsverslag wordt met betrekking tot de offerte van de 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 [M.V.]. 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."

5.4. De verzoekende partijen betwisten deze feitelijke gegevens, waarop de onregelmatigverklaring steunt, als dusdanig niet.

Te dezen moet dan ook 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 is een substantiële onregelmatigheid die niet gedekt kan worden.

5.5. In de mate dat de verzoekende partijen de verwerende partij verwijt dat zij niet heeft nagegaan of M.V. over de bevoegdheid of het mandaat beschikte om de offerte namens de tweede verzoekende partijen te ondertekenen, moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat de verzoekende partij niet aangeven welk belang zij hebben bij het middel. Tot aan de sluiting der debatten vermelden de verzoekende partijen niet –noch brengen zij er een bewijs van naar voor– dat M.V. de bevoegdheid had of het mandaat om voor alle leden van de tijdelijke handelsvennootschap de offerte te ondertekenen.

5.6. Aangezien de offerte behept was met een substantieel vormgebrek, rust er geen actieve onderzoeksplicht op de verwerende partij om betreffende die ondertekening bijkomende inlichtingen in te winnen. De verwijzing door de verzoekende partijen naar voornoemd artikel 92 is niet dienstig aangezien nergens uit bleek dat M.V. namens de tijdelijke handelsvennootschap, laat staan namens de tweede verzoekende partij had ondertekend.

5.7. Wat ten slotte de beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, valt op te merken dat slechts tot schending van het gelijkheidsbeginsel kan worden besloten indien er sprake is van een vergelijkbare situatie. Dat is hier niet het geval. De situatie van de verzoekende partijen, waarvan de offerte behept is met een formele onregelmatigheid, is niet vergelijkbaar met de situatie van de gekozen inschrijver, waarvan de offerte volgens de verwerende partij een kennelijk materiële fout bevatte. De regelgeving inzake overheidsopdrachten laat wel toe dat aan een inschrijver vragen worden gesteld in geval van kennelijk materiële fouten of abnormale eenheidsprijzen.

5.8. Het middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

6. De verzoekende partijen voeren de schending aan van "het beginsel van de motiveringsplicht vastgelegd in de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen".

De 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 de verwerende partij tekortgeschoten 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

7. In het arrest nr. 222.690 van 28 februari 2013 werd het middel als volgt verworpen:

> "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."

Noch in haar memorie van wederantwoord, noch in haar laatste memorie weerspreken de verzoekende partijen deze beoordeling. In die omstandigheden mag worden volstaan met het bevestigen van deze overwegingen om het middel te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 700 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 november 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**