RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 230.867 van 16 april 2015
in de zaak A. 215.407/XII-7851

In zake: de BV ELKARIJ, vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Leopold Schellekens en Maarten Van Staeyen
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV STADSBADER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Piet Lombaerts

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 maart 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

"- De beslissing van de Vlaamse Regering van onbekende datum om de NV Stadsbader uit te nodigen voor het indienen van een BAFO;
- De beslissing van de Vlaamse Regering van 1 december 2014 om de NV Stadsbader aan te wijzen als Voorkeursbieder en niet [de bv Elkarij];
- De beslissing van de Vlaamse Regering van 27 februari 2015, door [de bv Elkarij] gedeeltelijk ontvangen op 13 maart 2015 enkel per aangetekend schrijven en op 17 maart 2015 vervolledigd per e-mail, om de opdracht 'Kunstgrasvelden – cluster 3 – Vlaamse Gemeenschap' te gunnen aan Stadsbader NV[…];
- De beslissing van de Vlaamse Regering van 27 februari 2015, door [de bv Elkarij] gedeeltelijk ontvangen op 13 maart 2015 enkel per aangetekend schrijven en op 17 maart 2015 vervolledigd per e-mail, om de opdracht 'Kunstgrasvelden – cluster 3 – Vlaamse Gemeenschap' niet te gunnen aan [de bv Elkarij]."

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 april 2015 heeft de nv Stadsbader gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 april 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Gitte Laenen, Stéphanie Taelemans en Sam Van Asch, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Leopold Schellekens en Maarten Van Staeyen, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Piet Lombaerts en Antoon Erauw, die loco advocaat Bettina Poelemans verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 Vlaamse Gemeenschap schrijft een overheidsopdracht uit bij wijze van onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor ontwerp en uitvoering van werken met als voorwerp 'Kunstgrasvelden – cluster 3 – Vlaamse Gemeenschap'. De opdracht wordt als volgt omschreven:

> "Op 19 juli 2013 gaf de Vlaamse Regering haar principiële goedkeuring voor de opstart van een derde cluster van kunstgrasvelden in het kader van het Vlaams Sportinfrastructuurplan. Het Vlaams Sportinfrastructuurplan voorziet in Publiek-Private samenwerking (PPS), die ertoe moet leiden een deel van het tekort aan sportinfrastructuur in Vlaanderen versneld weg te werken.
> Eerder (in 2010 en in 2011) werden er twee clusters van kunstgrasvelden in de markt geplaatst en gerealiseerd voor een totaal van 35 kunstgrasvelden en dit over heel Vlaanderen verspreid.
> De voorliggende opdracht van de opdrachtnemer behelst het ontwerp, de bouw, de financiering en het onderhoud voor een periode van 10 jaar vanaf de beschikbaarheidsdatum van in principe 29 Kunstgrasvelden (waaronder in principe twee kunstgrasvelden specifiek bestemd voor het gebruik van hockeysport). De opdracht wordt gekwalificeerd als een promotieopdracht van werken in de zin van artikel 3, 11° en artikel 28 van de Wet van 15 juni 2006.
> Deze kunstgrasvelden dienen te worden ontworpen, gebouwd, onderhouden en gefinancierd ten behoeve van meerdere onderscheiden afnemers (lokale overheden). De Opdrachtnemer zal voor elk deelproject een afzonderlijke DBFM-overeenkomst (Design, Build, Finance and Maintain) sluiten met de respectieve afnemer. Voorliggende bevragingsprocedure heeft de gunning van deze DBFM-overeenkomsten als voorwerp.
> Voor meer informatie kan verwezen worden naar de Selectieleidraad."

De opdracht wordt beheerst door de selectieleidraad van 24 februari 2014 en de gunningsleidraad van 18 juli 2014. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 februari 2014 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 28 februari 2014.

3.2. Zes kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in, waarvan er vijf op 6 juni 2014 worden geselecteerd, waaronder de verzoekende partij en de nv Stadsbader.

3.3. In de gunningsleidraad wordt bepaald dat de economisch meest voordelige offerte op grond van de volgende gunningscriteria wordt aangewezen: (1) financieel (onderverdeeld in prijs (netto contante waarde) en robuustheid financiering) en (2) kwaliteit (onderverdeeld in plan van aanpak en technische kwaliteit).

Het financieel gunningscriterium staat op 70 punten (60 punten op prijs en 10 punten op robuustheid financiering) en het gunningscriterium 'kwaliteit' op 30 punten (10 punten op plan van aanpak en 20 punten op technische kwaliteit).

Wat betreft de prijs wordt in de gunningsleidraad bepaald:

> "Het subcriterium Prijs wordt beoordeeld op basis van de som van de Netto Contante Waarde van de Bruto Beschikbaarheidsvergoedingen (exclusief BTW) voor elk van de Deelprojecten die onderdeel uitmaken van het Project.
> De Netto Contante Waarde per Deelproject wordt berekend door de gedurende 10 jaar vanaf de Beschikbaarheidsdatum per Kwartaal te betalen Bruto Beschikbaarheidsvergoedingen (exclusief BTW) te verdisconteren naar de Beschikbaarheidsdatum.
> Volgende assumpties zullen worden gehanteerd voor de beoordeling en berekening van de Netto Contante Waarde:
> - Enkel voor de beoordeling van dit subcriterium wordt verondersteld dat alle Deelprojecten eenzelfde Beschikbaarheidsdatum hebben, met name 1 januari 2016;
> - De gehanteerde discontovoet bedraagt 5,5%;
> - Prijsherziening van de indexeerbare component van de Bruto Beschikbaarheidsvergoeding door toepassing van de prijsherzienings-formule zoals uitgewerkt conform paragraaf 17 van Deel 4 van Bijlage 2 (Betalingsmechanisme) van de DBFM-Overeenkomst. Enkel voor de beoordeling gaat de Aanbestedende Overheid uit van een jaarlijkse stijging van de index s van 2% en van de index i van 2% voor de periode tussen het prijspeil van de kosten (1 januari 2015) en het moment dat de kosten worden gemaakt.

De beoordeling van de Offertes zal in het licht van dit criterium gebeuren op basis van de bedragen door de Deelnemer ingevuld in Bijlage 5 van deze Gunningsleidraad (Financieel Offerteformulier per Deelproject).
Bij de vaststelling van het prijsvoorstel kan door de Deelnemer voor wat betreft de BTW behandeling van de DBFM-Overeenkomsten en de accounting en vennootschapsbelasting op SPV-DBFM niveau verwezen worden naar de in Bijlage 7 van deze Gunningsleidraad uiteengezette principes van de ruling (uit een ander infrastructuurproject) en suggesties m.b.t. tot de boekhoudkundige verwerking van het onderhoud. De Aanbestedende Overheid, de Vlaamse minister bevoegd voor Sport, Sportfacilitator, of de Afnemers leveren geen garantieverklaring af, noch impliciet, noch uitdrukkelijk, met betrekking tot de informatie zoals meegedeeld in Bijlage 7 van de Gunningsleidraad (aansprakelijk-heidsbeperking zoals bepaald in artikel 7.6. Gunningsleidraad).
Toekenning van de punten voor dit subcriterium:
- De Aanbestedende Overheid kent maximaal 60 punten toe voor dit financieel gunningscriterium Netto Contante Waarde.
- De Deelnemer met de laagste Netto Contante Waarde, berekend zoals hiervoor beschreven, krijgt het maximum aantal punten (60) op dit criterium.
- De andere Deelnemers ontvangen het aantal punten berekend via volgende formule:
- Punten = 60 x [1 – (Laagste Kandidaat NCW / NCW te beoordelen Kandidaat – 1) x 2]”

Bij terechtwijzend bericht nr. 02, verstuurd bij e-mail van 29 augustus 2014, wordt het voornoemde wat betreft de toekenning van de punten voor het subcriterium ‘prijs’, aangepast in:

“- De Aanbestedende Overheid kent maximaal 60 punten toe voor dit financieel gunningscriterium Netto Contante Waarde.
- De Deelnemer met de laagste Netto Contante Waarde, berekend zoals hiervoor beschreven en hierna aangegeven als ‘Laagste Geboden NCW’, krijgt het maximum aantal punten (60) op dit criterium.
- De andere Deelnemers ontvangen het aantal punten berekend via volgende formule:
Punten = 60 x [1 – ((NCW te beoordelen Deelnemer / Laagste Geboden NCW - 1) x 2)].”

Inzake de beoordeling van de offerte is verder in de gunningsleidraad opgenomen:

> "De Aanbestedende Overheid zal de Offerte in eerste instantie beoordelen op de volledigheid. Tegelijk zal de Aanbestedende Overheid verifiëren of deze voldoet aan de formeel gestelde eisen (regelmatigheid zoals bijvoorbeeld tijdige indiening, ondertekening door bevoegd persoon, enz.). […] In geval van een onvolledige Offerte of een Offerte die niet aan de formeel gestelde eisen en voorschriften voldoet, kan de Aanbestedende Overheid aanvullende gegevens opvragen of de Offerte weren."

Hierbij wordt verduidelijkt dat de evaluatie van de BAFO's de toetsing naar analogie met de controle van de eerste offerte(s) omvat.

3.4. Bij e-mail van 29 september 2014 bezorgt de verwerende partij aan de kandidaten de volgende verduidelijking bij de gunningsleidraad:

NR.	REF. IN HET BESTEK	VRAAG	ANTWOORD
63.	Deel A (Gunningsleidraad) van het Bestek, artikel 8.2.2 (1) Subcriterium Prijs	De Gunningsleidraad vermeldt op pagina 25 het volgende m.b.t. de Netto Contante Waarde: Hoe moet de NCW nu uiteindelijk berekend worden? Wij zien drie opties: 1. De NCW wordt berekend per Deelproject vanaf de Beschikbaarheidsdatum. Daarna worden de NCW's voor elk deelproject gewoon opgeteld. Hierdoor wordt er dus verondersteld dat elk project dan Beschikbaarheidsdatum op 1/1/2016 (of gelijk welk andere datum) heeft. 2. De NCW wordt berekend per deelproject vanaf de Beschikbaarheidsdatum. Daarna worden alle NCW's terug verdisconteerd naar 1/1/2016 en dan opgeteld. 3. De BBVs van alle deelprojecten worden allemaal verdisconteerd naar 1/1/2016 en opgeteld om tot de NCW te komen. Volgens ons zal het resultaat van deze methode hetzelfde zijn als die van methode 2, maar dan met minder tussenstappen.	De Aanbestedende Overheid verduidelijkt dat de Netto Contante Waarde berekend wordt op basis van optie 2. De Aanbestedende Overheid is van oordeel dat optie 3 inderdaad hetzelfde resultaat geeft als optie 2.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 30 september 2014. Er werden drie offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en die van de nv Stadsbader.

3.6. In het voorlopig beoordelingsverslag van 30 oktober 2014 wordt inzake de regelmatigheid van de offerte van de nv Stadsbader opgemerkt:

> "Op basis van de ingediende statuten en kopieën van de identiteitskaarten van de ondertekenaars wordt de ondertekeningsbevoegdheid voor de Deelnemer afdoende aangetoond. Het Algemeen Offerteformulier werd volledig, origineel en rechtsgeldig ondertekend."

Wat betreft het subcriterium 'prijs' behalen de verzoekende partij en de nv Stadsbader als netto contante waarde respectievelijk 11.379.796 euro en 11.319.510 euro en als punten hiervoor respectievelijk 59,36 en 60.

Het eindresultaat op de gunningscriteria is voor de verzoekende partij 88,36/100 en voor de nv Stadsbader 94,5/100. Beide inschrijvers worden uitgenodigd om een BAFO in te dienen. De derde inschrijver niet.

3.7. In het beoordelingsverslag van 1 december 2014 wordt inzake de regelmatigheid van de BAFO van de verzoekende partij in tussenkomst opgemerkt:

> "De BAFO van Stadsbader werd tijdig ingediend en werd ondertekend door de bevoegde persoon (Dominique Valcke, gedelegeerd bestuurder).
> […]
> De BAFO van Stadsbader is volledig en formeel regelmatig."

Wat betreft het subcriterium 'prijs' behalen de verzoekende partij en de nv Stadsbader als netto contante waarde respectievelijk 11.035.313 euro en 10.582.033 euro en als punten respectievelijk 54,86 en 60.

Het eindresultaat op de gunningscriteria is voor de verzoekende partij 83,86/100 en voor de nv Stadsbader 94,5/100. Bijgevolg wordt deze laatste aangewezen als voorkeursbieder, terwijl de verzoekende partij "in de Wachtkamer" wordt geplaatst.

3.8. Na de onderhandelingen met de voorkeursbieder wordt op 19 januari 2015 voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Stadsbader.

De Vlaamse regering beslist op 27 februari 2015 om haar goedkeuring te hechten aan het beoordelingsverslag van 19 januari 2015 en de opdracht te gunnen aan de nv Stadsbader.

3.9. De verzoekende partij wordt bij een op 10 maart 2015 ter post aangetekende brief op de hoogte gebracht van de gunningsbeslissing. De verzoekende partij krijgt echter pas bij e-mail van 17 maart 2015 het volledige beoordelingsverslag.

Ingaand op de vraag van 18 en 21 maart 2015 van de verzoekende partij bezorgt de verwerende partij bij e-mail van 23 maart 2015 het algemeen offerteformulier van de gekozen inschrijver alsook de documenten waaruit volgens haar de ondertekeningsbevoegdheid blijkt. Op 18 maart 2015 vraagt de verzoekende partij ook bijkomende uitleg over de wijze waarop de bedragen van de netto contante waarde in het beoordelingsverslag werden berekend, die bij e-mail van 26 maart 2015 wordt gegeven.

IV. Tussenkomst

4. De nv Stadsbader blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. De verwerende partij voert aan dat “de schorsingsvordering […] onontvankelijk [is] in zoverre die gericht is tegen de impliciete beslissing om de litigieuze opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij en tegen de impliciete beslissing om verzoekende partij niet aan te duiden als voorkeursbieder”.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zouden zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 25 van de Overheidsopdrachtenwet d.d. 15 juni 2006, artikel 51 § 2, van het KB

Plaatsing d.d. 15 juli 2011; het algemeen rechtsbeginsel evenals beginsel van behoorlijk bestuur '*patere legem quam ipse fecisti*', het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, de materiële motiveringsplicht als algemeen rechtsbeginsel".

Zij betoogt dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

> "Doordat, de eerste bestreden beslissing binnen de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking beslist tot het regelmatig verklaren van de offerte d.d. 30 september 2014 van de NV Stadsbader en deze inschrijver vervolgens uitnodigt tot het indienen van een BAFO, spijts de niet rechtsgeldige ondertekening van de offerte;
> Doordat, de tweede bestreden beslissing binnen de onderhandelings-procedure met voorafgaande bekendmaking beslist tot het regelmatig verklaren van de BAFO d.d. 25 november 2014 van de NV Stadsbader en deze inschrijvers vervolgens aanduidt als Voorkeursbieder, spijts de niet rechtsgeldige ondertekening van de BAFO;
> Doordat, de derde bestreden beslissing de opdracht gunt aan de NV Stadsbader, die geen rechtsgeldige ondertekende offerte, noch een rechtsgeldige ondertekende BAFO heeft ingediend;
> Terwijl, artikel 51 § 2 KB Plaatsing d.d. 15 juli 2011 voorziet in het voorschrift van de rechtsgeldige ondertekening van de offerte teneinde duidelijkheid en zekerheid te verschaffen aangaande de gehoudenheid van de inschrijvers betreffende het contractueel aanbod in de offerte vervat;
> Terwijl, deze substantiële vormvereiste van ondertekening van de offerte eveneens van toepassing is op de onderhandelingsprocedures met voorafgaande bekendmaking;
> Terwijl, ook de gunningsleidraad de ondertekening van de offerte voorschrijft als een regelmatigheidsvereiste (pagina 36);
> Terwijl, het tot de zorgvuldigheidsplicht behoort van de aanbestedende overheid om de regelmatigheid van de offertes, met in begrip van de behoorlijke ondertekening ervan, na te gaan;
> Terwijl, de materiële motiveringsplicht als algemeen rechtsbeginsel vereist dat iedere bestuurshandeling gedragen wordt door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn;
> Terwijl, artikel 25 van de Overheidsopdrachtenwet d.d. 15 juli 2011 bepaalt dat bij een offerteaanvraag de opdracht dient te worden gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid;
> Zodat, de eerste en tweede bestreden beslissingen door de NV Stadsbader in de gunningsprocedure te behouden en de derde bestreden beslissing door de opdracht aan de NV Stadsbader te gunnen, terwijl deze inschrijver noch zijn initiële offerte, noch zijn BAFO rechtsgeldig heeft ondertekend, de in

de aanhef van het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en beginselen schendt.”

Op de eerste plaats stelt de verzoekende partij dat de initiële offerte en de BAFO werden ondertekend door de nv Desiré Stadsbader terwijl die geen gedelegeerd bestuurder is van de tussenkomende partij aangezien haar mandaat als bestuurder verviel per 9 mei 2014. Een gedelegeerd bestuurder moet tevens bestuurder zijn wat hier niet het geval is.

Ter terechtzitting vraagt de verzoekende partij de opheffing van de vertrouwelijkheid van stuk 39 van het administratief dossier, namelijk de BAFO van de tussenkomende partij. Zij stelt dat zij niet heeft kunnen nagaan wie deze BAFO heeft ondertekend en er dus vanuit gegaan is dat de nv Stadsbader deze heeft ondertekend. Zij vraagt kennis te mogen nemen van dit stuk om de ondertekening te beoordelen.

Ook betoogt zij in dit kader dat de stelling van de verwerende partij en de tussenkomende partij, namelijk dat de ondertekening van de initiële offerte door de nv Stadsbader hoe dan ook geen juridisch probleem kan vormen omdat er te dezen een beroep moet worden gedaan op de constructie dat een bestuurder wiens mandaat verstreken is in het belang van de vennootschap verplicht is als bestuurder aan te blijven, hier niet zomaar mag worden toegepast. Immers, zo stelt de verzoekende partij, het gaat hier hoogstens om een tijdelijk bestuursmandaat dat uiteraard beperkter dient te worden geïnterpreteerd dan een volwaardig bestuursmandaat. Overigens, zo merkt zij nog op, er was hoe dan ook nog een andere gedelegeerd bestuurder.

In ondergeschikte orde betoogt de verzoekende partij dat artikel 20 van de statuten van de tussenkomende partij niet inhoudt dat de gedelegeerd bestuurder bevoegd is om alleen handelend offertes te ondertekenen.

Beoordeling

8. Op de jaarvergadering van 9 mei 2008 van de tussenkomende partij beslist de algemene vergadering Desiré-Fernand Stadsbader en de nv Desiré

Stadsbader te herbenoemen als bestuurders voor een termijn van zes jaar; tevens wordt de nv D.S.R.T. benoemd tot bestuurder voor een termijn van zes jaar; er wordt verduidelijkt dat het mandaat van voormelde bestuurders vervalt "onmiddellijk na de jaarvergadering van 2013" waarbij mag worden aangenomen dat het hier gaat om een verschrijving en 2014 werd bedoeld; in de bekendmaking van deze beslissingen wordt ook een beslissing van de raad van bestuur van de tussenkomende partij van dezelfde datum vermeld, namelijk dat Desiré-Fernand Stadsbader wordt aangesteld als gedelegeerd bestuurder. Vervolgens beslist de raad van bestuur van de tussenkomende partij op 30 juni 2010 om de nv Desiré Stadsbader te benoemen tot gedelegeerd bestuurder en dit tot de algemene vergadering van 2016. Op de bijzondere algemene vergadering van 15 mei 2014 van de tussenkomende partij wordt de nv D.S.R.T. herbenoemd als bestuurder voor een termijn van zes jaar, en wordt het ontslag van Desiré-Fernand Stadsbader als bestuurder aanvaard; de raad van bestuur beslist op dezelfde dag de nv D.S.R.T. aan te stellen als gedelegeerd bestuurder. Vervolgens wordt op de jaarvergadering van 21 november 2014 door de gewone algemene vergadering van de tussenkomende partij beslist tot herbenoeming van de nv Desiré Stadsbader als bestuurder aangezien "het bestuurdersmandaat van de nv D. Stadsbader […] vervalt onmiddellijk na de huidige jaarvergadering".

9. Er lijkt op de eerste plaats te moeten worden opgemerkt dat de kandidatuur van de tussenkomende partij, ingediend op 24 april 2014, werd ondertekend door de nv Desiré Stadsbader als gedelegeerd bestuurder van de tussenkomende partij; op dat ogenblik lijkt er geen twijfel over te zijn dat de nv Desiré Stadsbader alsdan bestuurder was.

De BAFO van de tussenkomende partij blijkt, zoals uit het door de verwerende partij vertrouwelijk neergelegd stuk 39 waarop de Raad mag acht slaan, wat het probleem van de verzoekende partij met de vertrouwelijkheid van dit stuk lijkt op te heffen, op 24 november 2014 te zijn ondertekend door de nv Desiré Stadsbader. Alleen al in aanmerking genomen de beslissing van de algemene vergadering van 21 november 2014 lijkt de nv Desiré Stadsbader alsdan bestuurder. De omstandigheid dat de verzoekende partij ter terechtzitting "ernstige vragen" heeft bij de chronologie van de feiten en de volgens haar laattijdige vraag tot bekendmaking van de beslissing van 21 november 2014, leidt bij gebreke aan

nadere uitwerking hiervan door de verzoekende partij niet tot een andere beoordeling.

10. Wat de ondertekening van de initiële offerte van de tussenkomende partij betreft wordt het volgende opgemerkt.

Daargelaten de vraag of de herbenoeming van de nv Desiré Stadsbader op 9 mei 2008 als bestuurder van de nv Stadsbader met verval van het mandaat onmiddellijk na de jaarvergadering van 2014 samengenomen met de beslissing van 4 december 2013 om de datum van de jaarvergadering te verplaatsen naar de derde vrijdag van november, alvast niet inhouden dat op het moment van de ondertekening van de initiële offerte – te weten 30 september 2014 – de nv Desiré Stadsbader bestuurder was van de tussenkomende partij, moet worden gewezen op de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de problematiek van het verstrijken van de duur van het mandaat van een bestuurder.

In een arrest van 12 mei 2014, zaak S.12.0092.F, oordeelde het Hof als volgt:

> "Ofschoon de duur van de opdracht van de bestuurders van naamloze vennootschappen krachtens artikel 518, § 3, van het Wetboek van Vennootschappen, zes jaren niet te boven mag gaan en zij te allen tijde door de algemene vergadering kunnen worden ontslagen, blijkt uit de regels van de opdracht dat de functie van een bestuurder na het verstrijken van de duur [van] zijn mandaat wordt voortgezet, om het behoud van het bestuur van de vennootschap te verzekeren tot hij vervangen is."

Met een arrest van 27 juni 2014, zaak nr. C.13.0560.F, verduidelijkt het Hof nog dat uit de artikelen 55, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, 518, § 3, van het Wetboek van Vennootschappen en 1991, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek niet volgt dat de functies van een bestuurder wiens opdracht is geëindigd, slechts zouden voortduren gedurende de tijd die de algemene vergadering redelijkerwijs nodig heeft om bijeen te komen teneinde in zijn vervanging te voorzien. De draagwijdte van dit arrest strookt op het eerste gezicht niet met de beperktere interpretatie die

de verzoekende partij voorstaat op grond van de door haar bijgebrachte rechtsleer en rechtspraak die van vroeger lijkt te dateren.

De verzoekende partij toont aldus niet aan dat de nv Desiré Stadsbader op grond van deze overwegingen ten tijde van de ondertekening van de initiële offerte vooralsnog niet mocht worden beschouwd als een volwaardige bestuurder, en dus gedelegeerd bestuurder, temeer omdat, zoals de verwerende partij en de tussenkomende partij terecht lijken te beklemtonen, door de beslissing van 15 mei 2014 van de algemene vergadering van de tussenkomende partij om de nv D.S.R.T. te herbenoemen als bestuurder en het ontslag van Desiré-Fernand Stadsbader te aanvaarden, het mandaat van de nv Desiré Stadsbader, gelet op artikel 518, § 1, tweede lid, van het Wetboek van Vennootschappen en artikel 12 van de statuten van de tussenkomende partij, lijkt te zijn voortgezet aangezien er hoe dan ook steeds twee bestuurders moeten zijn.

De opmerkingen van de verzoekende partij dat de nv Desiré Stadsbader te dezen hoogstens slechts over een beperkt mandaat zou beschikken en dat de omstandigheid dat er hoe dan ook een andere, zogenaamd volwaardig gedelegeerd bestuurder zou zijn die de noodzaak tot optreden van de nv Desiré Stadsbader onnodig zou maken, lijken deze vaststellingen niet te beknotten. Vooral wat de laatste opmerking betreft, weze herhaald dat het niet aanzien van de nv Desiré Stadsbader als bestuurder de tussenkomende partij op grond van artikel 518, § 1, tweede lid, van het Wetboek van Vennootschappen juridisch onbestuurbaar lijkt te maken.

11. Gelet op het voorgaande lijkt de verwerende partij in de concrete omstandigheden van de zaak de ingeroepen bepalingen en beginselen niet te hebben geschonden door de nv Desiré Stadsbader als bestuurder van de tussenkomende partij te hebben beschouwd. De verzoekende partij toont voorts dan ook niet aan welk belang zij heeft bij haar klacht dat de verwerende partij onzorgvuldig zou hebben gehandeld door haar oordeel inzake de regelmatigheid enkel te vormen op grond van de stukken die de tussenkomende partij had bijgevoegd, onder meer de beslissing van haar raad van bestuur van 30 juni 2010 waarbij hij de nv Desiré Stadsbader als gedelegeerd bestuurder heeft benoemd.

12. In ondergeschikte orde merkt de verzoekende partij op dat de statuten van de nv Stadsbader niet stellen dat de gedelegeerd bestuurder ook bevoegd is om alleen handelend offertes te ondertekenen.

Artikel 20 van statuten van de tussenkomende partij luidt:

> "Behoudens bijzondere lastgeving van de raad van bestuur worden de akten slechts rechtsgeldig ondertekend door een gedelegeerd-bestuurder die in geen enkel geval, ten opzichte van derden, van een voorafgaandelijke beslissing van de raad van bestuur moet laten blijken.
> De vennootschap is slechts verbonden en de handelingen in haar naam verricht zijn slechts rechtsgeldig mits de handtekeningen door deze statuten voorzien.[…]"

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij er niet mocht van uitgaan dat de gedelegeerd bestuurder te dezen in overeenstemming met artikel 20 van de statuten akten zoals de betrokken offerte rechtsgeldig mocht ondertekenen. Zij maakt niet duidelijk dat het tweede lid van artikel 20 geen nadere toelichting is van het eerste lid en een volledig andere casus dan het eerste lid beoogt. Ook maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de gedelegeerd bestuurder te dezen is beperkt tot handelingen van dagelijks bestuur.

13. Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partij voert de schending aan van "artikel 25 van de Overheidsopdrachtenwet d.d. 15 juni 2006, artikel 2 en 3 van de Formele Motiveringswet d.d. 29 juli 1991, het algemeen rechtsbeginsel evenals beginsel van behoorlijk bestuur '*patere legem quam ipse fecisti*', het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, het redelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, de formele en materiële motiveringsplicht als algemeen rechtsbeginsel".

Zij betoogt dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

> "Doordat, verwerende partij op 29 september [2014] om 14u19, daags voor de uiterlijke indieningsdatum van de initiële offertes op 30 september [2014] om 11, een Algemene Verduidelijking nr. 7 heeft gegeven omtrent de berekening van de NCW;
> Doordat, op pagina 35 van het beoordelingsverslag d.d. 19 januari 2015 de 'Netto Constante Waarde' (afgekort NCW) van verzoekende partij wordt bepaald op 11.035.313 euro, terwijl zij in haar BAFO een NCW heeft opgegeven van 10.723.938 euro;
> Doordat, uit het beoordelingsverslag d.d. 19 januari 2015 niet blijkt op welke wijze en om welke redenen de NCW van verzoekende partij werd (her)berekend;
> Doordat, verzoekende partij middels mailbericht d.d. 17 maart 2015 toelichting heeft gevraagd omtrent de NCW vermeld in het beoordelingsverslag en verwerende partij hierop pas middels mailbericht d.d. 26 maart 2015 om 20u58 antwoord heeft gegeven;
> Doordat, uit de toelichting d.d. 26 maart 2015 van verwerende partij blijkt dat zij de NCW van verzoekende partij op eigen houtje heeft herberekend zonder hieromtrent toelichting te vragen aan verzoekende partij;
> Doordat, uit een eerste analyse van de toelichting d.d. 26 maart 2015 van verwerende partij blijkt dat zij de NCW heeft berekend op een wijze die afwijkt van haar eigen Algemene Verduidelijking;
> Terwijl, de materiële motiveringsplicht niet alleen vereist dat de motieven opgenomen in het beoordelingsverslag pertinent zijn en van die aard zijn de beslissing te 'dragen' / te verantwoorden. Zij dienen in de eerste plaats uiteraard correct te zijn en dus op een correcte feitenbevinding te berusten.
> Terwijl, de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet d.d. 29 juli 1991 vereisen dat de gemotiveerde gunningsbeslissing de juridische en feitelijke overwegingen vermeldt, die aan de beslissing ten grondslag liggen; dat die motivering afdoende moet zijn ten einde een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt;
> Terwijl, een zorgvuldige en behoorlijke aanbestedende overheid een offerte ingediend in het kader van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, pas verbeterd nadat zij dienaangaande contact heeft opgenomen met de bewuste inschrijver;
> Terwijl, de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes haar eigen opdrachtdocumenten, in casu de gunningsleidraad met inbegrip van de Terechtwijzende Berichten en de Verduidelijkingen, zoals die staan opgesomd op pagina 4 en 5 van het beoordelingsverslag d.d. 19 januari 2015, dient na te leven;
> Terwijl, het redelijkheidsbeginsel vereist dat de aanbestedende overheid de inschrijvers tijdig informeert, zeker wanneer deze informatie relevant is voor het opstellen van een offerte of het uitputten van de rechtsmiddelen;

> Zodat, verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen heeft geschonden door de NCW van verzoekende partij te herbereken op een wijze die afwijkt van haar eigen Algemene Verduidelijking nr. 7."

Ter terechtzitting weerspreekt de verzoekende partij de stelling van de verwerende partij en de tussenkomende partij dat zij geen belang zou hebben bij het middel omdat zelfs zonder herberekening het daaruit voor de verzoekende partij voortvloeiende puntenvoordeel haar niet toelaat de totale puntenkloof te overbruggen. Zij merkt op dat de herberekening voor de offerte van de tussenkomende partij tot gevolg had dat het bedrag van deze offerte werd verlaagd in tegenstelling tot haar offertebedrag dat werd verhoogd en dat de verzoekende partij, door de verduidelijking nr. 7 te volgen, een andere planning heeft opgegeven dan zij zou hebben gedaan, mocht zij die verduidelijking niet hebben gevolgd.

Beoordeling

15. In het verzoekschrift stelt de verzoekende partij dat zij de netto contante waarde (NCW) heeft berekend conform de gunningsleidraad en de algemene verduidelijking nr. 7 die zij "nauwkeurig geanalyseerd" heeft en waaraan "haar financieel voorstel [werd] aangepast". Nu zij in staat was een volgens haar correcte berekening te maken met inbegrip van die algemene verduidelijking, lijkt zij bijgevolg het belang te ontberen bij de grief dat zij die verduidelijking laattijdig heeft ontvangen.

16. De verwerende partij meent dat het de verzoekende partij aan belang ontbeert in de mate dat haar grief zou inhouden dat haar offerte te weinig punten zou hebben gekregen voor het gunningscriterium prijs. Zij wijst erop dat er een puntenkloof tussen de offerte van de verzoekende partij en die van de tussenkomende partij is van 10,64 punten in het voordeel van de offerte van de tussenkomende partij. Zij stelt dat zelfs zonder herberekening er nog altijd een puntenverschil zou zijn in het voordeel van de tussenkomende partij, namelijk 5,96 punten.

In zoverre de verzoekende partij meent dat zij toch een belang behoudt bij de grief omdat zij een andere planning zou hebben ingediend indien zij had geweten dat de verwerende partij haar verduidelijking nr. 7 niet zou naleven, moet worden opgemerkt dat zij nalaat ook maar een aanzet te geven van wat die anders ingevulde planning dan wel zou zijn geweest zodat het belang bij haar grief hypothetisch lijkt.

17. Voorts weze, wat het middel ten gronde betreft, opgemerkt dat het van financieel-technische aard is en zich niet lijkt te lenen tot meer dan een *prima facie* beoordeling. De verzoekende partij maakt niet met de voor deze procedure vereiste ernst aannemelijk dat de verwerende partij in de berekening haar eigen verduidelijking niet heeft nageleefd, aangezien zij alvast niet lijkt aan te tonen dat niet met één van de in de algemene verduidelijking nr. 7 aanvaarde opties werd gewerkt. In die omstandigheid lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht ook niet in strijd te hebben gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel door op grond van de gegevens verstrekt door de inschrijvers zelf een eigen berekening van de NCW te maken zonder enige bijkomende verduidelijking te vragen; uit de gunningsleidraad volgt namelijk dat het toekomt aan de verwerende partij om de NCW te berekenen “op basis van de bedragen door de Deelnemer ingevuld in Bijlage 5 van deze Gunningsleidraad (Financieel Offerteformulier per Deelproject)”.

De bewering dat uit het voornoemde volgt dat de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen manifest worden geschonden, kan bijgevolg niet worden bijgevallen.

18. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

19. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient te worden verworpen en de kosten van de vordering dienen te laste te worden gelegd van de verzoekende partij.

Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Stadsbader tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 april 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bram Van Thillo	**Pierre Barra**