

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.498 van 9 juni 2015
in de zaak A. 215.804/XII-7878**

In zake: de NV WEG EN BOUW (WEGEBO)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de NV ASWEBO
2. de NV FRANKI CONSTRUCT
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Aswebo nv –
Franki Construct nv
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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 mei 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit dd. 3 april 2015 van de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en

Verkeer, afdeling Oost-Vlaanderen, waarbij de opdracht voor ‘Kennedylaan-Gent; R4-Oost: Omvorming primaire wegen I en II; knooppunt 8’ gegund wordt aan de thv Aswebo nv – Franki Construct nv voor een bedrag van 9.618.473,44 (BTW excl.)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 22 mei 2015 hebben de nv Aswebo en de nv Franki Construct, samen vormend de thv Aswebo nv – Franki Construct nv, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 mei 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philippe Van Wesemael, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, 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. Het agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Oost-Vlaanderen, schrijft een open aanbesteding voor de uitvoering van werken uit met als voorwerp

‘Kennedylaan – Gent. R4-Oost: omvorming tot primaire wegen I en II. Knooppunt 8’.

De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek met nr. 1M3D8H/14/25-F02.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 augustus 2014 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 8 augustus 2014.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 29 september 2014. Er worden negen offertes ingediend, waaronder deze van de verzoekende partij en van de tussenkomende partijen.

3.3. De verwerende partij vraagt aan de tussenkomende partijen bij brief van 6 oktober 2014 een prijsverantwoording voor het totaal offertebedrag.

Bij brief van 10 oktober 2014 geven de tussenkomende partijen de volgende verantwoording:

“Hierbij kunnen wij melden dat wij de prijzen van onze offerte van 29 oktober 2014 nagekeken hebben op hun correctheid. Bij deze controle hebben wij geen onregelmatigheden vastgesteld, wij bevestigen dan ook uitdrukkelijk achter onze inschrijvingsprijzen te staan.

Wij kunnen u verzekeren dat onze prijs is gebaseerd op een zeer grondige voorstudie en een bezoek ter plaatse door werfleiders met de nodige beroepsbekwaamheid en voldoende ondervinding bij dergelijke werken.

Om onze eenheidsverkoopprijzen te bepalen wordt voor elke post of groep van samenhangende posten van de meetstaat een analyse gemaakt van de directe kostprijs. Op basis van ervaring met gelijkaardige uitgevoerde werken, offertes van onderaannemers en leveranciers opgemaakt voor dit werk, eerdere offertes, uitgebreid voorbereidend studiewerk van onze studiediensten,... wordt aldus de technische kostprijs samengesteld.

De som van al de posten vormt de totale technische kostprijs van het werk. Om tot de totale verkoopprijs te komen, wordt deze prijs nog verhoogd met een percentage voor algemene kosten, winst en risico.

Wij willen opmerken dat wij over een asfaltcentrale, betoncentrale en een breekinstallatie beschikken, gelegen op de Singel te Gent op minder dan 5 km rijafstand.

Momenteel is dezelfde thv nv Aswebo – Franki Construct nv het complex Schansakker aan het realiseren (dit binnen een straal van 3 km). Tevens

voert Aswebo de wegeniswerken uit voor de werk Collector J. Kennedy-laan te Gent (thv Persyn – Aswebo).

Door de synergie die ontstaat tussen die verschillende werven kan kostenbesparend gewerkt worden.

Tevens beschikken wij over gespecialiseerd eigen personeel en up-to-date materieel voor het efficiënt uitvoeren van de werken.

Wij bevestigen hierbij formeel dat wij alle voorziene werken tegen de door ons ingediende eenheidsprijzen volgens de voorschriften van het BLK en de regels van de kunst kunnen en zullen uitvoeren”.

3.4. Op 30 oktober 2014 beslist de administrateur-generaal van het agentschap Wegen en Verkeer de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partijen.

Tegen deze beslissing wordt een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld, waarna de verwerende partij op 29 januari 2015 de beslissing intrekt. Bij arrest nr. 230.269 van 24 februari 2015 wordt de vordering bijgevolg verworpen.

3.5. In het gunningsverslag van 10 maart 2015 wordt inzake de formele regelmatigheid van de offertes opgemerkt:

“Naar aanleiding van de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid tegen de eerste, inmiddels ingetrokken, gunningsbeslissing werd door verzoekende partij opgeworpen dat de offerte van de THV Aswebo-Franki Construct niet zou zijn ondertekend door de daartoe bevoegde personen, en deze offerte dus met een substantiële onregelmatigheid zou zijn behept.

De aanbestedende overheid steunt die argumentatie niet.

Vastgesteld werd dat de offerte van de THV Aswebo-Franki Construct, wat betreft deelgenoot Aswebo nv, ondertekend werd door de heer Tom Willemen.

Voorts blijken aan de offerte van de THV volgende stukken te zijn toegevoegd wat betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de nv Aswebo:

(i) een akte statutenwijziging d.d. 30 september 2013;

(ii) een benoemingsbesluit d.d. 18 mei 2011, gepubliceerd op 31 mei 2011, tot benoeming van de heer Tom Willemen als bestuurder voor een periode van 6 jaar en tot belasting van de heer Willemen ‘met het dagelijks bestuur van de vennootschap’.

Daarnaast wordt opgemerkt dat bij beslissing d.d. 16 augustus 2011 door de nv Aswebo een ‘verduidelijkende beslissing’ van de Raad van Bestuur genomen (gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad d.d. 13 oktober 2011),

ter bevestiging van het feit dat de heer Tom Willemen ‘weldegelijk als gedelegeerd bestuurder’ van de vennootschap werd benoemd.

Dit document was niet bij de offerte gevoegd, doch dit verhindert niet dat de aanbestedende overheid hiermee rekening mag houden. Immers, in het arrest JC Decaux Belgium Publicite (nr. 214.645 d.d. 14 juli 2011) heeft de Raad van State reeds geoordeeld dat een aanbestedende overheid ‘niet verplicht [lijkt] een inschrijving als onregelmatig te weren wanneer niet de stukken zijn bijgevoegd die moeten toelaten vast te stellen dat de ondertekenaar de bevoegdheid heeft om de natuurlijke persoon of rechtspersoon namens wie hij optreedt te verbinden.’

Een aanbestedende overheid is weliswaar niet verplicht zelf de handtekenbevoegdheid na te gaan, doch dit impliceert niet dat zij niet de mogelijkheid/discretionaire bevoegdheid heeft dit wel te doen.

M.a.w., het louter feit dat het benoemingsbesluit d.d. 16 augustus 2011 niet bij de offerte was gevoegd, verhindert niet dat de aanbestedende overheid er zich op kan beroepen. Immers, voormelde benoemingsbesluiten zijn vrij consulteerbaar via de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad.

In casu neemt de aanbestedende overheid kennis van het benoemingsbesluit d.d. 16 augustus 2011, dat overigens door de verzoekende partij in hoger vermeldde schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid ook zelf was aangehaald.

De aanbestedende overheid stelt vast dat de heer Willemen in voormeld besluit d.d. 16 augustus 2011 werd benoemd als ‘gedelegeerd bestuurder’, zonder verdere omschrijving of beperking.

Vervolgens dient worden verwezen naar artikel 21 van de statuten van de nv Aswebo, deelgenoot van de THV (statuten die deel uitmaakten van de ingediende offerte), dat bepaalt:

‘De vennootschap wordt ten overstaan van derden, voor het gerecht en in de akten, met inbegrip van deze voor dewelke de tussenkomst van een openbaar ambtenaar of een Notaris vereist is, geldig vertegenwoordigd, hetzij door twee bestuurders samen optredend, hetzij door het afzonderlijk optreden van een gedelegeerd bestuurder, aangewezen door de raad van bestuur, hetzij door de voorzitter van de raad van bestuur’

Indien voorgaande documenten worden samen gelezen met artikel 522, § 2 van het Wetboek Vennootschappen, dat toelaat dat in de statuten één of meerdere bestuurders de bevoegdheid krijgen de vennootschap alleen of gezamenlijk te vertegenwoordigen, kan worden geconcludeerd dat de offerte namens Aswebo nv correct door de heer Tom Willemen werd ondertekend.

De offerte van de THV Aswebo - Franki Construct kan dus eveneens als regelmatig worden beschouwd”.

Wat betreft het prijsonderzoek is in het gunningsverslag te lezen:

“4.4.1 Totaalprijzen

Op het ogenblik van opening van de offertes bleek dat het inschrijvingsbedrag van de laagste inschrijver schommelde rond het wettelijk

gemiddelde van 15%. Er werd daarom meteen een algemene prijsverantwoording gevraagd aan de thv Aswebo-Franki Construct.

Door de aanpassingen offertes aan de hand van de nota's gewijzigde hoeveelheden bedraagt de afwijking van de totaalprijs van de offerte van de THV Aswebo-Franki Construct slechts 14,7%.

Derhalve is artikel 99, § 2 van het KB van 15/7/2011 niet van toepassing en was de vraag naar prijsverantwoording wettelijk niet nodig. De laagste inschrijving voldoet aan het wettelijk gemiddelde en is niet behept met (een vermoeden van) substantiële onregelmatigheid.

De aanbestedende overheid heeft de van de thv Aswebo-Franki Construct ontvangen prijsverantwoording, vanuit zorgvuldigheidsoogpunt, onderzocht.

In de ontvangen prijsverantwoording voor de opgegeven totaalprijs worden door de thv Aswebo nv - Franki Construct nv twee specifieke argumenten aangehaald die onderscheidend zijn ten opzichte van de andere inschrijvers:

1. De thv beschikt over een eigen asfaltcentrale, betoncentrale en recyclageinstallatie, die (bovendien) op minder dan 5 km rijafstand van de werfzone gelegen zijn.

De aanbestedende overheid kan aldus rekening houden met volgende kostenbesparende elementen :

- a. Tijdens de opbraakwerken kan alle beton-, asfalt- en mengpuin naar de nabijgelegen recyclage-eenheid worden gebracht, waar ze herwerkt worden tot herbruikbare COPRO-gekeurde puingranulaten. Dit levert goedkope prijzen voor opbraakwerken.
 - b. Aswebo is BENOR-gecertificeerd voor de productie van meerdere hydraulisch gebonden recyclingmaterialen die in de aanneming zullen gebruikt worden (zandcement, steenslagfundering type IA en IIA, schraal beton). Zij zijn voor de levering van deze producten dus niet afhankelijk van externe leveranciers, wat een prijsvoordeel betekent.
 - c. Aswebo beschikt over een eigen asfaltcentrale en betoncentrale. De posten met betrekking tot asfalt en beton vormen een belangrijk aandeel in de aanneming en doordat de thv hiervoor niet afhankelijk is van externe leveranciers, betekent dit een prijsvoordeel.
 - d. Alle bovenvermelde installaties voor recyclage en productie liggen bovendien op een zeer korte afstand van de werfzone (minder dan 5 km). Dat betekent ontegensprekelijk lagere transportkosten (brandstofverbruik, uurloon chauffeur,...). Doordat alle installaties bij elkaar liggen en in de onmiddellijke nabijheid van de werfzone, is het bovendien makkelijker en voordeliger om aan- en afvoertransporten te combineren.
2. De thv voert momenteel en de komende tijd gelijkaardige werken uit in de onmiddellijke omgeving. Het betreft gelijkaardige werken van zowel burgerlijke bouwkunde als wegenis- en rioleringswerken. Voor de thv betekent dit drie grote werven die binnen een straal van 5 km

gelegen zijn, wat een flexibele inzet van zowel ploegen als materieel betekent met een minimum aan transportkosten. De aanbestedende overheid is van mening dat dit eveneens een prijsvoordeel oplevert. De verantwoording wordt aanvaard en de regelmatigheid van de offerte bevestigd.

Zoals aangegeven geldt geen vermoeden van onregelmatigheid, nu de offerte valt binnen de grenzen van artikel 99, § 2 KB van 15/7/2011 en de inschrijver heeft aangetoond over een aantal prijs-economische voordelen te beschikken, op grond waarvan de aanbestedende overheid kan afleiden dat deze bij de uitvoering kunnen gerealiseerd worden en hem onderscheiden van de overige inschrijvers”.

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijvers, zijnde de tussenkomende partijen.

3.6. De administrateur-generaal van het agentschap Wegen en Verkeer beslist op 3 april 2015 om de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partijen. Dit is de bestreden beslissing.

Bij brief en e-mail van 28 april 2015 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

De verzoekende partij vraagt bij e-mail van 28 april 2015 bijkomende informatie op, die bij e-mail van 5 mei 2015 wordt gegeven.

IV. Tussenkomst

4. De tussenkomende partijen blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 beslissing 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 beslissing kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Een eerste middel is geput “uit de schending van artikel 24 van de Wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, uit de schending van de artikelen 21, 95 en 99 van het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011, uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, uit de schending van de artikelen 4, 8° en 5, 8° en 9°, van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheids-

opdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, uit de schending van het Europeesrechtelijk non-discriminatie- en transparantiebeginsel, uit de schending van de materiële motiveringsplicht, uit de schending van het gelijkheids-, het zorgvuldigheids-, het vertrouwensbeginsel en het patere legem quam ipsi fecisti-beginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en uit de schending van de omzendbrief 2010/1 van de Vlaamse minister bevoegd voor Mobiliteit en Openbare werken van 21 december 2010”.

De verzoekende partij acht voormelde bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat verwerende partij in toepassing van de artikelen 21 en 99 § 1 van het KB Plaatsing gehouden was tot een prijsonderzoek van de ingediende offertes,

En doordat verwerende partij oordeelt dat de totale offerteprijs van de thv Aswebo - Franki Construct een abnormaal karakter vertoont en dat bijgevolg een prijsverantwoording aan de thv Aswebo - Franki Construct werd gevraagd,

En doordat verwerende partij in de gemotiveerde gunningsbeslissing met gunningsverslag m.b.t. de door de thv Aswebo - Franki Construct gegeven verantwoording stelt dat ‘de verantwoording werd aanvaard’ zonder dat het advies van ATO werd ingewonnen,

Terwijl de tekst van de door de thv Aswebo - Franki Construct gegeven verantwoording geenszins voldoet aan een concrete prijsverantwoording op basis van de criteria die vooropgesteld worden in artikel 21 van het KB Plaatsing,

Zodat moet worden vastgesteld dat verwerende partij ten onrechte de offerte van de thv Aswebo - Franki Construct als regelmatig heeft beschouwd”.

Beoordeling

7. De bewering van de verzoekende partij dat uit het feit dat de verantwoording geen enkele cijfermatige berekening bevat, volgt dat de tussenkomende partijen de vraag tot verantwoording niet ter harte hebben genomen, kan in haar algemeenheid niet worden bijgevalen, des te meer nu te dezen een prijsverantwoording voor de totaalprijs van de offerte werd gevraagd en zulks bij een prijsonderzoek gegrond op de zorgvuldigheidsverplichting.

Hoewel de prijsverantwoording van de tussenkomende partijen bepaalde algemeenheden bevat, is deze niet tot algemeenheden beperkt. Zo wordt ook concreet verwezen naar de asfaltcentrale, betoncentrale en breekinstallatie waarover zij beschikken op minder dan vijf kilometer rijafstand en naar de lopende werven in de buurt van de plaats waarop de opdracht betrekking heeft.

De algemene kritiek dat de prijsverantwoording van de gekozen inschrijvers “niet dienstig en allesbehalve afdoende is”, lijkt dus niet te kunnen worden gevolgd.

8. De verzoekende partij betoogt voorts dat de verwerende partij zelf de verdediging van de gekozen thv op zich heeft genomen. Het lijkt echter geenszins in strijd met de ingeroepen bepalingen en beginselen dat de verwerende partij ook een eigen onderzoek naar de prijzen voert.

9. In het gunningsverslag wordt opgemerkt dat tijdens de opbraakwerken alle beton-, asfalt- en mengpuin naar een nabijgelegen recyclage-eenheid wordt gebracht waar deze worden herwerkt tot herbruikbare COPRO-gekeurde puingranulaten, wat goedkope prijzen voor opbraakwerken oplevert. De verzoekende partij argumenteert dan wel dat zij ook over een eigen asfalt- en betoncentrale beschikt, maar zij beweert in het verzoekschrift niet over een eigen breekinstallatie te beschikken die bovendien op minder dan 5 km van de werf van de in het geding zijnde opdracht zou zijn gelegen.

Ook wordt in het gunningsverslag opgemerkt dat de nv Aswebo een prijsvoordeel heeft omdat deze beschikt over een eigen asfalt- en betoncentrale, terwijl de posten met betrekking tot asfalt en beton een belangrijk aandeel vormen, wat inhoudt dat de thv niet afhankelijk is van externe leveranciers. De verzoekende partij stelt dat zij, als onderdeel van de groep Colas Belgium, evenzeer over een eigen asfalt- en betoncentrale beschikt, maar hiermee is niet aangetoond dat de verwerende partij wat de gekozen inschrijver betreft niet mocht oordelen dat “alle [...] installaties voor recyclage en productie [...] bovendien op een zeer korte afstand van de werfzone (minder dan 5 km) [liggen],[wat] ontegensprekelijk lagere transportkosten (brandstofverbruik,

uurloon chauffeur...)” oplevert en wat bovendien het combineren van aan- en afvoertransporten “makkelijker en voordeliger” maakt.

Dat in het gunningsverslag wordt opgemerkt dat de nv Aswebo BENOR-gecertificeerd is, terwijl dit volgens de verzoekende partij ook geldt voor haar als onderdeel van de groep Colas Belgium, lijkt aan de voorgaande vaststellingen voor de aanvaarding van de prijsverantwoording geen afbreuk te doen.

10. De verzoekende partij verwijst voorts naar het arrest van de Raad van State, nr. 217.389 van 19 januari 2012, om te argumenteren dat “de loutere verwijzing naar de directe nabijheid van een asfaltcentrale, zonder hier enige duiding van impact op de prijzen aan te koppelen, niet afdoende [is] om het abnormaal karakter van de prijs te verantwoorden”.

De aan dit arrest ten grondslag liggende gegevens lijken echter niet vergelijkbaar met de gegevens van de onderhavige zaak.

Bij nader onderzoek door de aanbestedende overheid bleek immers dat in de zaak die aanleiding gaf tot voormeld arrest het merendeel van de posten waarvoor de kost werkelijk kon worden teruggedrongen door een betoncentrale en een afbreekonderneming te bezitten, ofwel niet degene waren waarbij er een aanzienlijk verschil was met de andere inschrijvers, ofwel niet gewichtig genoeg waren om, zelfs gezamenlijk beschouwd, het lage totale bedrag te rechtvaardigen. Te dezen stelt de overheid daarentegen vast dat “de posten met betrekking tot asfalt en beton [...] een belangrijk aandeel [vormen] in de aanneming”, wat door de verzoekende partij niet wordt tegengesproken.

Tevens werd in die betrokken zaak door de aanbestedende overheid vastgesteld dat de verwijzing naar andere lopende werven niet mocht worden aanvaard aangezien de werken van die werven niet te vergelijken waren met de werkzaamheden die het voorwerp waren van de te gunnen opdracht. Te dezen stelt de verwerende partij integendeel uitdrukkelijk vast dat de tussenkomen partijen “momenteel en de komende tijd gelijkaardige werken uit[voeren] in de onmiddellijke omgeving [...] van zowel burgerlijke bouwkunde als wegenis- en rioleringswerken”, met “drie grote werven die binnen een straal

van 5 km gelegen zijn, wat een flexibele inzet van zowel ploegen als materieel betekent met een minimum aan transportkosten”.

De omstandigheid dat volgens de verzoekende partij binnen de door hen voorgestelde uitvoeringstermijn van “ruim anderhalf kalenderjaar” de tussenkomende partijen slechts tot in de zomer van 2015 de synergie genieten met de werf van het complex Schansakker en slechts tot eind 2015 de synergie met de werf Collector John Kennedylaan waar de nv Aswebo deels de wegeniswerken uitvoert, toont niet aan dat de verwerende partij de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen zou hebben geschonden door – slechts mede – op grond van een synergie van de betrokken werken de prijsverantwoording te aanvaarden. De verzoekende partij zelf lijkt enige synergie op zich niet te ontkennen en er kan hierbij nog worden opgemerkt dat in een van de documenten die zijzelf voorlegt, wordt vermeld dat de planning van de werken louter informatief is en steeds afhankelijk van onvoorziene omstandigheden zoals weerverlet.

Het loutere gegeven, aangebracht door de verzoekende partij, dat andere inschrijvers ook werven in de omgeving van Gent zouden hebben – waarvan de gelijkaardigheid bovendien op het eerste gezicht overigens niet wordt aangetoond – maakt om die reden de aanvaarding van de prijsverantwoording op grond van “de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken” – artikel 21, § 3, vierde lid, 2°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ – niet ondeugdelijk.

11. De verzoekende partij roept ten slotte de schending van de omzendbrief MOW 2010/1 in, maar verduidelijkt niet hoe een schending van een omzendbrief te dezen een onrechtmatigheid kan uitmaken die een grond tot nietigverklaring zou kunnen vormen. De verzoekende partij wijdt immers geen beschouwingen aan de rechtskracht van die omzendbrief.

12. Aldus lijkt het niet aangetoond dat de wijze waarop de in het geding zijnde prijsverantwoording is beoordeeld met de aangevoerde gebreken zou zijn behept en de in het middel vermelde rechtsregelingen en beginselen zouden zijn geschonden.

Al het voorgaande volstaat om het middel niet ernstig te bevinden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. Een tweede middel is geput “uit de schending van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en uit de schending van de artikelen 51 § 2, 82 en 95 van het KB Plaatsing”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat voormelde bepalingen werden geschonden:

“Doordat de offerte elektronisch werd ondertekend door de heer Tom Willemen en dit in de hoedanigheid van gedelegeerd bestuurder van de nv Aswebo,

En doordat verwerende partij niet heeft nagegaan of de heer Tom Willemen wel bevoegd was om de offerte te ondertekenen, minstens ten onrechte oordeelde dat de offerte van de THV Aswebo-Franki Construct regelmatig werd ondertekend,

En doordat uit de benoemingsbesluiten van de nv Aswebo blijkt dat de heer Tom Willemen specifiek werd aangesteld voor het uitvoeren van het dagelijks bestuur van de vennootschap,

Terwijl het ondertekenen van een offerte volgens de vaste rechtspraak van uw Raad niet als een daad van dagelijks bestuur gekwalificeerd kan worden,

En terwijl verwerende partij ertoe gehouden is om voorafgaandelijk aan de gunning op een zorgvuldige wijze de offertes te controleren op hun regelmatigheid en bijgevolg de handtekeningsbevoegdheid van de inschrijvers dient na te gaan,

En terwijl in casu blijkt dat namens de nv Aswebo enkel de heer Tom Willemen, een onbevoegde, de offerte heeft ondertekend,

Zodat moet worden vastgesteld dat verwerende partij ten onrechte de offerte van de THV Aswebo-Franki Construct als regelmatig heeft beschouwd”.

Beoordeling

14. Artikel 51, § 2, tweede lid, van koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ bepaalt dat “de offerte wordt ondertekend door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden”.

De ondertekening van een offerte is een substantiële formaliteit, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft. Met het gebrek aan ondertekening moet de situatie worden gelijkgesteld waarbij zij die ondertekenen niet degenen zijn die daartoe bevoegdheid hebben krachtens dwingende regelgeving of eigen statutaire bepalingen van de inschrijver.

15. Artikel 21 van de statuten van de nv Aswebo luidt:

“De vennootschap wordt ten overstaan van derden, voor het gerecht en in de akten, met inbegrip van deze voor dewelke de tussenkomst van een openbaar ambtenaar of een Notaris vereist is, geldig vertegenwoordigd, hetzij door twee bestuurders samen optredend, hetzij door het afzonderlijk optreden van een gedelegeerd-bestuurder, aangewezen door de raad van bestuur, hetzij door de voorzitter van de raad van bestuur. [...]”.

16. Bij beslissing van 18 mei 2011 van de algemene vergadering van de nv Aswebo werd Tom Willemen benoemd tot bestuurder, waarna hij op dezelfde dag door de raad van bestuur werd belast met het dagelijks bestuur. In de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 13 oktober 2011 wordt bekendgemaakt dat de raad van bestuur in zijn vergadering van 16 augustus 2011 heeft verduidelijkt dat Tom Willemen “weldegelijk als gedelegeerd bestuurder [...] van de vennootschap [werd] benoemd”.

17. Uit het voorgaande volgt dat de gedelegeerd bestuurder, te weten Tom Willemen, de vennootschap in overeenstemming met artikel 522, § 2, van het Wetboek van vennootschappen ten overstaan van derden zoals de verwerende

partij, mocht vertegenwoordigen en bijgevolg de offerte rechtsgeldig mocht ondertekenen. Zulks is door de verwerende partij na onderzoek vastgesteld.

In zoverre de verzoekende partij voorts er – ten onrechte – van uitgaat dat de ondertekening van de offerte door Tom Willemen binnen het raam van dagelijks bestuur zou zijn gebeurd, is die grief bijgevolg niet pertinent.

18. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

VIII. Kosten

20. Er is 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’ aan de verwerende partij een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Aswebo en de nv Franki Construct, samen vormend de thv Aswebo nv – Franki Construct nv, 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 tussenkommende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 juni 2015, 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