

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 234.189 van 22 maart 2016

in de zaak A. 218.528/XII-8092

In zake:

1. de NV ASFALT, WEGENIS- EN BOUWWERKEN (ASWEBO)
2. de NV ARTES DEPRET
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
Aswebo NV – Artes Depret NV
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9000 Gent
Recollettenlei 9
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

Tussenkommende partijen:

1. de NV VERHELST AANNEMINGEN
2. de NV ALGEMENE AANNEMINGEN SOETAERT
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
Verhelst Aannemingen – Soetaert
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey, Gregory Verhelst en Astrid Lippens
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 22 februari 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 3 december 2015 van verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de thv Verhelst Aannemingen-Soetaert voor een bedrag van 5.877.685,64 euro excl. btw, 7.111.999,62 euro incl. btw.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 2 maart 2016 hebben de nv Verhelst Aannemingen en de nv Algemene Aannemingen Soetaert, samen vormend de thv Verhelst Aannemingen-Soetaert gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 maart 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Stijn Maeyaert, die *loco* advocaat Frank Judo verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Peter Flamey en Astrid Lippens, die verschijnen 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. Bij beslissing van 19 december 2014 gunt de verwerende partij de overheidsopdracht voor de aanneming van werken inzake de “N31 te Brugge. Herinrichten van het kruispunt met de N351 Bevrijdingslaan kmp 6,022” aan de THV Verhelst Aannemingen-Soetaert.

Tegen deze beslissing hebben de verzoekende partijen op 27 januari 2015 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend. De Raad van State heeft bij arrest nr. 230.345 van 26 februari 2015 (G/A. 214.854/XII-7812) de tenuitvoerlegging van de voormelde beslissing geschorst.

In het voormelde arrest worden de feiten aanleiding gevende tot de voormelde beslissing van 19 december 2014 als volgt samengevat:

“3.1. De verwerende partij schrijft, via het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Oost-Vlaanderen, een open aanbesteding uit voor de gunning van een opdracht van werken, in de aankondiging genaamd ‘N31 te Brugge. Herinrichten van het kruispunt met de N351 Bevrijdingslaan kmpt 6,022’. De aankondiging van de opdracht wordt op 25 september 2014 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 30 september 2014 in het Publicatieblad van de Europese Unie .

De opdracht wordt daarin beschreven als volgt:

‘Herinrichten van het kruispunt van de N31 Expressweg - N351 Bevrijdingslaan, Brugge.

Deze opdracht omvat: bouw van een brug over de N31, bouw van een koker onder de N31, aanleg van wegenis.’

Het bestek 1M3D8J/14/02 is van toepassing.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 3 december 2014. Er zijn [zes] offertes ingediend waaronder deze van de verzoekende partijen en de offerte van de THV nv Verhelst Aannemingen - nv Algemene Aannemingen Soetaert.

3.3. In een gunningsverslag van 11 december 2014 worden alle inschrijvers behalve de ‘TV bvba Norre Behaegel - bvba RTS Infra’ geselecteerd en wordt de volgende rangschikking opgesteld na rekenkundig nazicht en vóór regelmatigheidsonderzoek:

[...]

3.4. In het kader van het prijsonderzoek stelt de verwerende partij vast dat de offerte van de laagste inschrijver – dit is de THV nv Verhelst

Aannemingen - nv Algemene Aannemingen Soetaert – 12,81% onder het “gemiddelde” ligt en 6,1% onder de raming en dat het totale inschrijvingsbedrag dus aanvaardbaar is. Gezien het grote aantal posten, namelijk 737, worden alle posten met een gewicht groter dan 0,5% van het offertebedrag onderzocht. Het onderzoek bij de posten 469 tot en met 473 en 533 tot en met 537 inzake gewapend beton voor de tunnel respectievelijk de verkeersbrug wordt besloten met de opmerking: “prijsverantwoording nodig?”. Vervolgens deelt de verwerende partij met een e-mail van 12 november 2014 aan de Afdeling Algemene Technische Ondersteuning (hierna: ATO) mee zelf geen abnormale prijzen te vinden in de offerte maar te twifelen of het nodig is om een prijsverantwoording te vragen voor de posten gewapend beton voor de kunstwerken, namelijk de posten 469 tot en met 473 en de posten 533 tot en met 537. ATO wordt hieromtrent om advies gevraagd.

In een brief van 17 november 2014 besluit ATO dat voor de offerte van de laagste inschrijver geen verantwoording moet worden gevraagd voor de totaalprijs. Wel adviseert ATO om deze inschrijver “cf. art. 21, § 3, van het KB dd. 15.07.2011” prijsverantwoording te vragen voor “de posten 470, 471, 536 en 537 (posten voor ter plaatste gestort gewapend beton), post 468 (ter plaatse gestort ongewapend beton), posten 8 en 171 (posten voor ophoging met gronden) en post 428 (uitgraven m.i.v. stapelen op de werf)” die “als vermoedelijk abnormaal” worden geïdentificeerd.

In een brief van 19 november 2014 vraagt de verwerende partij vervolgens aan de THV nv Verhelst Aannemingen - nv Algemene Aannemingen Soetaert “[o]vereenkomstig artikel 21 § 3 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011” zo mogelijk per kerende en uiterlijk binnen een termijn van 12 kalenderdagen, de eenheidsprijs voor deze posten te verantwoorden. Er wordt voorts vermeld dat de verantwoording enkel mag zijn gebaseerd op objectieve factoren.

De THV nv Verhelst Aannemingen - nv Algemene Aannemingen Soetaert deelt met een brief van 1 december 2014 een prijsverantwoording mee.

In een brief gedateerd 2 december 2014 vraagt de verwerende partij de THV nv Verhelst Aannemingen - nv Algemene Aannemingen Soetaert om per kerende, uiterlijk binnen een termijn van 12 kalenderdagen, extra detaillering mee te delen over de rendementen die worden opgegeven en dan in het bijzonder voor posten 470, 471, 536 en 537.

De THV nv Verhelst Aannemingen - nv Algemene Aannemingen Soetaert deelt met een brief van 4 december 2014 extra detaillering van de gevraagde rendementen mee.

De verwerende partij maakt dit alles over aan ATO. In een brief van 10 december 2014 besluit deze laatste in een globale beoordeling prijsverantwoording dat de aangeleverde prijsverantwoording van posten

171, 470, 471, 536 en 537 kunnen worden aanvaard en dat voor deze posten het vermoeden van abnormaal lage eenheidsprijzen afdoende is weerlegd. “De prijsverantwoordingen voor posten 8, 428 en 468 daarentegen” kunnen volgens ATO “op basis van bovenstaande bevindingen niet aanvaard” worden. “Aangezien deze posten slechts 2,0% van het gemiddelde offertebedrag vertegenwoordigen” adviseert ATO vervolgens “om de vastgestelde anomalieën als een relatieve onregelmatigheid te aanzien, en om op basis hiervan niet te besluiten dat de offerte moet worden nietig verklaard”. In een eindconclusie is ATO vervolgens “van oordeel dat de laagste inschrijver, THV Verhelst Aannemingen - Soetaert, er met zijn prijsverantwoording in is geslaagd om het vermoeden van abnormaal lage eenheidsprijzen afdoende te weerleggen” en dat “[b]ijgevolg kan worden besloten dat de offerte van deze inschrijver op prijstechnisch vlak regelmatig is”.

Dit alles leidt tot de volgende beoordeling in het gunningsverslag van 22 december 2014 inzake de “abnormale hoge en lage eenheidsprijzen”, versie zoals overgemaakt aan de verzoekende partijen waarbij de door de aanbestedende overheid onleesbaar gemaakte tekstgedeeltes hier vervangen zijn door “X”:

Feiten	Inschrijver
<p>Er werd prijsverantwoording gevraagd voor de posten 8, 171, 428, 468, 470, 471, 536 en 537.</p> <p>1. Algemene kosten en winst</p> <p>In de begeleidende nota van de THV wordt aangegeven dat de 2 partners elk hun eigen toeslagen voor algemene kosten en winst toepassen, afhankelijk van wie van beide de betreffende post uitvoert. Beide inschrijvers maken het onderscheid tussen een zgn. "indirecte werfkost" (verder IWK) en de algemene kosten. De aanbestedende overheid aanziet beide toeslagen als een onderdeel van de algemene kosten, nl. resp. de algemene bouwplaatskosten en de algemene administratiekosten.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Soetaert houdt rekening met een IWK van X%, welke wordt berekend als toeslag op de directe kosten. Op de aldus berekende kostprijs wordt daarna een marge voor algemene kosten en winst (incl. de bijdrage voor OCW) van X% aangerekend. De directe kosten worden aldus verhoogd met X% ($X * X$). Dit percentage ligt iets hoger dan gemiddeld, maar is niet onrealistisch hoog, mede rekening houdend met het feit dat de IWK ook de inzet van eigen bekistingsmateriaal inhoudt. • Verhelst past een toeslag van X% toe voor de IWK, en een toeslag voor algemene kosten van X% (incl. OCW-bijdrage), wat neerkomt op een verhoging van de directe kosten van ca. X%. Dit percentage wordt als courant gangbaar aanzien en is aanvaardbaar. <p>Daarnaast wordt aangegeven dat in regietarieven werd rekening gehouden met een toeslag voor algemene kosten en winst van X%, zonder dat hierop nog IWK worden aangerekend. Dit is eveneens</p>	<p>THV Verhelst Aannemingen - Soetaert</p>

<p>aanvaardbaar.</p> <p>2. Directe kosten</p> <p>2.1. Materiaalkosten</p> <ul style="list-style-type: none"> • Er wordt rekening gehouden met een negatieve prijs voor het aanvoeren van gronden, afkomstig van andere werven, waarvoor rekening werd gehouden met een overnamekost voor af te voeren gronden. Deze redenering wordt courant toegepast en kan dan ook aanvaard worden. De ingerekende overnamekost van X EUR/ton is laag in vergelijking met de referentieprijzen voor het storten van gronden en is bijgevolg eveneens aanvaardbaar. (posten 8 en 171) • De kostprijs van het beton C 35/45 voor ter plaatse gestort gewapend beton wordt gestaafd door een offerte. Deze prijs ligt iets lager dan de beschikbare referentieprijzen (X à X EUR/m³), maar kan, mede gelet op een potentiële hoeveelheidskorting, toch als aanvaardbaar beoordeeld worden. (posten 470, 471, 536 en 537) • De kostprijs voor het leveren van ongewapend beton C12/15 wordt gestaafd aan de hand van een offerte. De aanbestedende overheid stelt echter vast dat het tarief beduidend lager ligt dan de beschikbare referentieprijzen (min. X EUR/m³, incl. transport). Bovendien wordt beroep gedaan op een leverancier uit Oosterzele, wat ca. 60 km van de werf verwijderd is. Hierdoor zal de transportkost, die is inbegrepen in het vermelde tarief, hoger dan gemiddeld zijn. Hieruit wordt besloten dat de aangerekende materiaalkost zeer laag is. (post 468) <p>2.2. Loonkosten</p> <p>Er wordt rekening gehouden met een uurtarief van X EUR/u voor de inzet van arbeiders in de betonploeg. Dit tarief is afgeleid van de inschrijvingsprijs voor post 710, ligt hoger dan de vigerende minimumlonen in de bouwsector en kan bijgevolg aanvaard worden.</p> <p>2.3. Kosten voor materieel en energie</p> <p>De inschrijver maakt waar mogelijk gebruik van zijn inschrijvingsprijzen voor het ter beschikking stellen van materieel (incl. bediener).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Het tarief voor de inzet van een kraan met een vermogen > 50kW ligt in de buurt van de beschikbare referentietarieven (X à X EUR/u voor het tuig incl. brandstof en ca. X EUR/u voor bestuurder, beide excl. AKW) en kan als aanvaardbaar beoordeeld worden. (posten 171, 428) • Ditzelfde tarief wordt gebruikt voor de inzet van een bulldozer, wat, gelet op de beschikbare referentieprijzen (X à X EUR/u, incl. brandstof en bestuurder, excl. AKW), eveneens aanvaardbaar is. (posten 8, 468) • De toeslag van X% op dit tarief voor het gebruik van een GPS is aanvaardbaar. (post 171) 	
--	--

<ul style="list-style-type: none"> • Het tarief voor de bandenkraan met een vermogen < 50 kW wordt aangewend voor de inzet van een wals. Dit kan ook aanvaard worden aangezien dit tarief in de buurt ligt van de beschikbare referentieprijzen (X à X EUR/u voor het tuig incl. brandstof en ca. X EUR/u voor bestuurder, beide excl. AKW). (posten 171 en 468) • Er wordt een kost ingerekend van X EUR/m³ voor het pompen van beton, en een forfaitair bedrag van X EUR per dag dat de betonpomp wordt ingezet. Deze kostprijzen zijn courant gangbaar en kunnen aldus aanvaard worden. (posten 470, 471, 536 en 537) • De kosten voor de huur en de aankoop van bekisting worden gestaafd a.d.h.v. een offerte. (posten 470, 471, 536 en 537) • Het tarief voor de inzet van een vrachtwagen > 10 ton wordt als zeer laag beschouwd, rekening houdend met de kostprijs voor een chauffeur van ca. X EUR/u en een brandstofverbruik van ca. X EUR/u (berekend cf. methode CMK2003 met een vermogen van 160 kW en een dieselprijs van X EUR/l (OW549ter)). Bijgevolg is het gehanteerde tarief onvoldoende om, naast de hierboven vermelde kosten, ook nog de afschrijvings- en verzekeringskosten te financieren. (post 428) • Er worden geen kosten in rekening gebracht voor de inzet van een kraan bij het plaatsen van de bekisting voor het gewapend beton, waar dit wel noodzakelijk is. Gelet echter op de beperkte inzet van dergelijk tuig bij deze activiteit, kan dit niet als doorslaggevend worden aanzien in de totale beoordeling van de prijsdetaillering van de betrokken posten. Bovendien lijkt het aannemelijk dat de inschrijver de kost van dit tuig heeft opgenomen onder de indirecte werfkosten, gelet op het relatief hoge percentage dat hiervoor gehanteerd wordt (cf. §1). (posten 470, 471, 536 en 537) <p>3. Rendementen en aannames i.v.m. de uitvoering</p> <p>De aanbestedende overheid heeft de door de inschrijver gehanteerde rendementen in de posten voor ter plaatse gestort gewapend beton afgetoetst aan de hand van controleberekeningen. Dit was noodzakelijk aangezien de verantwoording van de inschrijver nog te weinig gedetailleerd was om zijn rendementen te kunnen beoordelen.</p> <p>Hieronder vindt u een overzicht van de aannames die hierbij werden gedaan en van de resultaten.</p> <p>X</p> <ul style="list-style-type: none"> • Resultierend rendement bekisten: ca. X mu/m² <p>Op basis van bovenstaande berekeningen besluit de aanbestedende overheid dat de gehanteerde rendementen als scherp tot zeer scherp moeten beoordeeld worden, maar dat deze niet bij voorbaat als onmogelijk haalbaar kunnen worden bestempeld.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Er worden rekening gehouden met een rendement voor ophoging en uitgraving van gronden van X m³/u, wat neerkomt op ca. X vrachtwagens per uur (gerekend met een courante bakinhoud van 7 m³). Volgens de aanbestedende overheid is dit 	
---	--

<p>rendement moeilijk haalbaar. (posten 8 en 428)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Onder post 428 wordt uitgegaan van de inzet van 2 vrachtwagens > 10 ton voor het afvoeren van 140m³ uitgegraven grond. Opnieuw rekening houdend met een bakinhoud van 7m³, impliceert dit dat de vrachtwagens op X minuten tijd moeten geladen worden, zich verplaatsen naar de tijdelijke opslagplaats op de werf, opnieuw moeten lossen en terugkeren. Volgens de aanbestedende overheid is dit rendement moeilijk haalbaar (post 428) • Het plaatsen van werkvloeren in ongewapend beton dient met de nodige omzichtigheid te gebeuren, aangezien het werkoppervlak op de juiste aanzethoogte van de constructie moet geplaatst worden. De aanbestedende overheid meent dat dit moeilijk kan gerealiseerd worden door de inzet van enkel een bulldozer en een wals. (post 468) <p>4. Globale beoordeling prijsverantwoording</p> <p>De aanbestedende overheid besluit dat de aangeleverde prijsverantwoording van <u>posten 171, 470, 471, 536 en 537 kunnen aanvaard worden</u> en dat voor deze posten het vermoeden van abnormaal lage eenheidsprijzen afdoende is weerlegd.</p> <p>De prijsverantwoordingen van <u>posten 8, 428 en 468 daarentegen kunnen op basis van bovenstaande bevindingen niet aanvaard worden.</u></p> <p><u>Aangezien deze laatste 3 posten slecht 2,0% van het gemiddelde offertebedrag vertegenwoordigen, besluit de aanbestedende overheid om de vastgestelde anomalieën als een relatieve onregelmatigheid te aanzien, en om op basis hiervan niet te besluiten dat de offerte moet worden nietig verklaard</u></p> <p>De aanbestedende overheid is van oordeel dat de laagste inschrijver, THV Verhelst Aannemingen – Soetaert, er met zijn prijsverantwoording in is geslaagd om het vermoeden van abnormaal lage eenheidsprijzen afdoende te weerleggen.</p> <p><u>Bijgevolg kan besloten worden dat de offerte van deze inschrijver op prijstechnisch vlak regelmatig is.</u></p>	
---	--

Dit besluit herneemt wat de eenheidsprijzen betreft de eindbeoordeling en eindconclusie van ATO en dit leidt in het gunningsverslag tot de volgende eindrangschikking “volgens prijs na rekenkundig nazicht van de prijs en na het regelmatigheidsonderzoek”:

[...]

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de THV nv Verhelst Aannemingen - nv Algemene Aannemingen Soetaert.

3.5. Op 19 december 2014 ondertekent de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en Verkeer, de onderaan het gunningsverslag opgenomen “Gemotiveerde gunningsbeslissing” waarbij “gelet op de

motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals hierboven omstandig beschreven”, de opdracht wordt gegund aan de ‘THV Verhelst Aannemingen - Soetaert nv voor een bedrag van 5.877.685,64 eur[o] excl. Btw’.”

3.2. Bij beslissing van 3 maart 2015 trekt de verwerende partij de voormelde gunningsbeslissing van 19 december 2014 in, onder verwijzing naar het voormelde schorsingsarrest.

3.3. Bij brief van 9 juni 2015 vraagt de verwerende partij aan de thv Verhelst nv – Algemene Aannemingen Soetaert nv, overeenkomstig artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing een bijkomende prijsverantwoording voor de posten 8, 428 en 468, “volgend op [de] vraag van 19 november 2014” en de daarop ontvangen prijsverantwoording.

Bij brief van 19 juni 2015 ontvangt de verwerende partij de bijkomende verantwoording van de thv Verhelst nv – Algemene Aannemingen Soetaert nv.

ATO geeft op 3 juli 2015 haar advies over die bijkomende verantwoording. Daarin lijkt de verantwoording grotendeels te worden aanvaard, behalve voor een aantal onderdelen van posten 428 en 468. Hierbij wordt echter vastgesteld dat het formuleren van eindconclusies hieromtrent in grote mate een juridische kwestie is.

3.4. De verwerende partij besluit in het gunningsverslag van 3 december 2015 dat de door de thv Verhelst nv – Algemene Aannemingen Soetaert nv aangeleverde prijsverantwoording van de posten 8, 171, 428, 468, 470, 471, 536 en 537 kan worden aanvaard en dat voor deze posten het vermoeden van abnormaal lage eenheidsprijzen afdoende is weerlegd. Bijgevolg wordt besloten dat de offerte van deze inschrijver op prijstechnisch vlak regelmatig is.

3.5. Bij beslissing zonder datum wordt de opdracht gegund aan de laagste regelmatige inschrijver, zijnde de thv Verhelst nv – Algemene Aannemingen Soetaert nv. Deze beslissing is aangebracht op het gunningsverslag

van 3 december 2015 en verwijst ernaar, onder vermelding “Gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals hierboven omstandig omschreven”.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkomst

4. De thv nv Verhelst Aannemingen - nv Algemene Aannemingen Soetaert blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet het verzoek tot tussenkomst 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 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6. De tussenkomen de partijen werpen een exceptie van niet-ontvankelijkheid op wegens gebrek aan belang van de verzoekende partijen. Zij betogen dat de verzoekende partijen een offerte hebben ingediend zonder geldige verbintenis wegens een gebrek aan ondertekeningsbevoegdheid zodat zij geen regelmatige inschrijvers zijn en hun vordering bijgevolg onontvankelijk is.

7. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie 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 zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partijen putten een eerste middel uit de schending van artikel 51, § 2, tweede lid, en artikel 95, §§ 2 en 4, van het Koninklijk Besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van 15 juli 2011, van het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel.

Zij achten deze bepalingen en beginselen geschonden doordat:

“voor Verhelst Aannemingen nv de offerte werd ondertekend door de heer Johan Verhelst, gedelegeerd bestuurder en voor Soetaert nv door de heer Koen Mulier, gevolmachtigde;

Doordat, Verwerende Partij oordeelde dat ‘AWV heeft nagegaan en kan bevestigen dat Koen Mulier (gevolmachtigde) en Verhelst Johan (gedelegeerd bestuurder) bevoegd is om deze offerte te ondertekenen’ en aldus de offerte van de THV Verhelst Aannemingen-Soetaert als regelmatig in de gunningsprocedure behield;

Terwijl, artikel 51, § 2, tweede lid, van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdrachten vooreerst bepaalt dat: ‘de offerte wordt ondertekend door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden’ en vervolgens dat: ‘dit voorschrift geldt voor alle deelnemers als de offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid’;

Terwijl, aangezien artikel 18 van de statuten van Verhelst Aannemingen nv (zoals van toepassing op het ogenblik van de ondertekening van de offerte) bepaalt dat ‘alle akten die de vennootschap verbinden (...), alsmede alle machten en volmachten betreffende deze akten worden geldig ondertekend door twee bestuurders (...)’, de heer Johan Verhelst, gedelegeerd bestuurder, alleen optredend niet bevoegd was om de vennootschap te verbinden;

Terwijl, Verhelst Aannemingen nv er zich evenmin op kan beroepen in deze rechtsgeldig verbonden te zijn door het (alleen)optreden van de heer Johan Verhelst als gedelegeerd bestuurder in het kader van het dagelijks bestuur, nu overeenkomstig de vaste rechtspraak van Uw Raad het ondertekenen van een offerte voor een overheidsopdracht geen daad van dagelijks bestuur uitmaakt;

Terwijl, de volmacht bekendgemaakt in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad d.d. 2 april 2014 de heer Koen Mulier de bevoegdheid verleent om Soetaert nv tot een maximumbedrag van 5.000.000,00 EUR per project te verbinden;

Terwijl, elke deelgenoot van een tijdelijke handelsvennootschap zich ten overstaan van de aanbestedende overheid hoofdelijk verbindt voor de volledige waarde en inhoud van de offerte;

Terwijl, nu blijkt dat de offerte van de THV Verhelst Aannemingen-Soetaert, een bedrag vertegenwoordigt van 5.877.685,64 EUR excl. BTW, de heer Koen Mulier niet bevoegd/gevolmachtigd was Soetaert nv rechtsgeldig te vertegenwoordigen en te verbinden;

Terwijl, derhalve, in hoofde van beide, minstens in hoofde van één van beide deelnemers van de combinatie zonder rechtspersoonlijkheid THV Verhelst Aannemingen-Soetaert, de offerte niet werd ondertekend door ‘de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden’;

Terwijl, artikel 95, § 2, van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdrachten bepaalt dat op formeel vlak een offerte substantieel regelmatig is als ze afwijkt van de vormvoorschriften van onder meer artikel 51, § 2, en vervolgens artikel 95, § 4, van hetzelfde Koninklijk Besluit bepaalt dat een substantieel onregelmatige offerte nietig is; Terwijl, het niet ondertekenen van de offerte door de personen die daartoe de bevoegdheid hebben, de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft.”

Beoordeling

Betreffende vennoot nv Verhelst Aannemingen

9. Op het moment van de ondertekening en indiening van de offerte luidde, zo lijkt, artikel 18 van de statuten van de nv Verhelst Aannemingen:

“Alle akten die de vennootschap verbinden met uitzondering van die welke het dagelijks bestuur betreffen, het dagelijks bestuur begrijpende onder andere ook alle geldverhandelingen met postcheckambt en banken, alsmede alle machten en volmachten betreffende deze akten worden geldig ondertekend door twee bestuurders die hun macht niet moeten rechtvaardigen tegenover derden, zelfs niet tegenover hypotheekbewaarder.
Het dagelijks bestuur zal waargenomen worden door de gedelegeerd-bestuurder, wiens handtekening de maatschappij zal binden”.

10. In de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 29 juni 2015 wordt een wijziging van artikel 16 van de statuten van de nv Verhelst Aannemingen bekendgemaakt. Er is te lezen dat de buitengewone algemene vergadering van 16 juni 2015 heeft beslist “om de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid aan te passen voor overheidsopdrachten en volgende tekst in te lassen in fine van artikel 16 van de statuten:

‘Elk gedelegeerd bestuurder en elke bestuurder kunnen in het kader van overheidsopdrachten de vennootschap individueel verbinden jegens derden.

Alle studies, aannemingscontracten, aanbestedingen en/of offertes voor zowel openbare, gemengde als private opdrachtgevers, hetzij van Belgische of van een andere nationaliteit, alsmede alle machten en volmachten betreffende deze, kunnen geldig en zonder beperking van

bedrag, ondertekend worden door de gedelegeerd bestuur of een bestuurder die individueel optreden.
Dit met inbegrip van het voeren van schorsingsprocedures inzake overheidsopdrachten”

11. De verzoekende partijen steunen hun argumentatie op de premisse dat “de heer Johan Verhelst” als gedelegeerd bestuurder is opgetreden van de nv Verhelst Aannemingen. Het lijkt echter de bvba Verhelst Johan die als ondertekenaar is vermeld op het offerteformulier en optrad voor de nv Verhelst Aannemingen. De argumentatie lijkt dus gesteund op een verkeerd feitelijk uitgangspunt.

Voorts voeren de verwerende en de tussenkomende partijen aan dat de offerte geen enkele juridische verbintenis meer inhoudt gelet op het verstrijken van de geldigheidstermijn van de offertes. Zij betogen dat, wanneer de aanbestedende overheid verlenging van de verbintenistermijn heeft gevraagd, die wordt beantwoord met een onvoorwaardelijke bevestiging tot verlenging, er dan sprake is van een nieuwe verbintenis, waarbij de statutaire ondertekeningsbevoegdheid geldt die op dat ogenblik van kracht is. Vanaf 16 juni 2015 heeft één gedelegeerd bestuurder de statutaire bevoegdheid om een offerte te ondertekenen in het kader van overheidsopdrachten zonder beperking van bedrag. Aangezien het eerste verzoek tot verlenging van de verbintenistermijn dateert van 5 oktober 2015 en tussenkomende partijen op 7 oktober 2015 verlenging hebben toegestaan, bestaat er dus niet de minste twijfel over de juridische verbintenis van tussenkomende partijen gelet op de statutaire regeling van 16 juni 2015. Het normdoel is dus bereikt: de verbintenis werd ondertussen conform de reglementaire regeling hernieuwd. In deze werd dus tot tweemaal een nieuwe verbintenis gevraagd en gekregen. Deze verbintenis komt uit kracht van wet in de plaats van de offerte waarvan de initiële verbintenistermijn verstreken is.

De voormelde vaststellingen en het verweer doen een dergelijke mate van twijfel rijzen bij de deugdelijkheid van de grief, dat het ernstig karakter ervan niet is aangetoond.

Betreffende vennoot nv Algemene Ondernemingen Soetaert

12. In de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 2 april 2014 verscheen volgend uittreksel uit de notulen van de raad van bestuur van 24 januari 2014 van de vennoot nv Algemene Ondernemingen Soetaert:

“Zonder afbreuk te doen aan de bevoegdheden van de raad van bestuur en van de gedelegeerd bestuurder, geeft de raad van bestuur de bevoegdheid en de volmacht aan de volgende personen, met individuele bevoegdheid, voor de ondertekening van alle studies, aannemingscontracten, aanbestedingen en/of offertes voor zowel openbare als private opdrachtgevers, met een maximum bedrag van 5.000.000,00 EUR per project:
- de heer Mulier Koen [...]”.

13. De verzoekende partijen leiden hieruit af dat Koen Mulier niet bevoegd of gevolmachtigd was om de offerte ingediend door de tijdelijke handelsvennootschap, die betrekking heeft op een bedrag dat 5.000.000 euro overstijgt, te ondertekenen.

14. Uit het administratief dossier blijkt echter dat de raad van bestuur van de nv Algemene Ondernemingen Soetaert op 27 oktober 2014 heeft beslist om een volmacht te verlenen aan Koen Mulier om in het kader van de open aanbesteding voor werken ‘N31 te Brugge, herinrichten van het kruispunt met de N351 Bevrijdingslaan, Kmpt 6.022 – bestek 1M3D8J/14/02’, namens de nv, in haar hoedanigheid van vennoot van de tijdelijke handelsvennootschap met de nv Aannemingen Verhelst, de offerte te ondertekenen, hetzij schriftelijk, hetzij elektronisch. Deze volmacht was gevoegd bij de offerte.

15. De stelling van de verzoekende partijen kan bijgevolg niet worden bijgevalen.

16. Uit het voorgaande volgt dat het ernstig karakter van het middel niet is aangetoond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

17. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 15 van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en van het materiële motiveringsbeginsel.

Zij voeren daartoe aan:

“Eerste onderdeel

Doordat, Verwerende Partij aanvaardde dat de THV Verhelst Aannemingen-Soetaert geen indirecte werfkosten aanrekende op de posten 417-419, 707-711 en 713-718, en aldus voor deze posten een van de overige posten verschillend percentage algemene kosten en winst hanteerde;

Terwijl, Artikel 15, laatste zin, van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdrachten oplegt dat de algemene en financiële kosten alsmede de winst, in verhouding tot hun belangrijkheid, over de onderscheiden posten moeten worden verdeeld;

Tweede onderdeel

Doordat, Verwerende Partij aanvaardde dat de respectieve deelgenoten van de THV Verhelst Aannemingen-Soetaert onderling verschillende percentages en berekeningswijzen inzake algemene kosten en winst hanteerden;

Terwijl, Artikel 15, laatste zin, van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdrachten oplegt dat de algemene en financiële kosten alsmede de winst, in verhouding tot hun belangrijkheid, over de onderscheiden posten moeten worden verdeeld.”

Beoordeling

Eerste onderdeel

18. Het geschonden geachte artikel 15 van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

“De eenheidsprijzen en de globale prijzen voor iedere post van de samenvattende opmeting of van de inventaris worden opgegeven met inachtneming van de betrekkelijke waarde van die posten ten opzichte van het totale offertebedrag. Al de algemene en financiële kosten alsmede de

winst worden, in verhouding tot hun belangrijkheid, verdeeld over de onderscheiden posten”.

19. In het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 22 april 1977 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ wordt bij het toenmalige artikel 20, § 5, dat later werd hernomen in artikel 96, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en thans in het hiervoor aangehaalde artikel 15 van het koninklijk besluit Plaatsing (zij het uitgebreid tot de inventaris voor opdrachten van leveringen en diensten), de volgende toelichting gegeven:

“In § 1 van dit artikel wordt nader bepaald dat enerzijds het voorschrift voortaan evenzeer geldt voor de totale prijzen als voor de eenheidsprijzen van de posten de gemengde opdrachten en dat anderzijds in deze prijzen een deel van de algemene kosten moet zijn opgenomen.

Er werd soms vastgesteld dat de prijzen van bepaalde posten – en voornamelijk de posten die eerst dienden te worden uitgevoerd – fel overdreven werden omdat de inschrijvers er de quasi-totaliteit van hun algemene kosten in opnamen, wat vanzelfsprekend betalingen in mindering ten gevolge had, die buiten verhouding stonden tot de normale waarde van de verrichte prestaties en die anderzijds de vergelijking der offerten ten zeerste vervalste.

De nieuwe tekst klaart die toestand op, terwijl terzelfdertijd het doel van art. 20 wordt bereikt, te weten de objectieve vergelijking van de inschrijvingen”.

20. Er wordt te dezen nergens concreet en met de vereiste *prima facie* ernst door de verzoekende partijen aangetoond dat door het feit dat de gekozen inschrijvers op de posten 417-419, 707-711 en 713-718 waarover het in dit middelonderdeel gaat, geen indirecte werfkosten (IWK) aanrekenden, en aannemend dat dit het geval is, dat er effectief sprake is van de situatie gemeenzaam bekend als “*front loading*”, die artikel 15 van het koninklijk besluit Plaatsing lijkt te willen vermijden.

21. Deze vaststelling volstaat om het eerste middelonderdeel niet ernstig te bevinden.

Tweede onderdeel

22. De verzoekende partijen tonen niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat het hiervoor aangehaald artikel 15, laatste zin, verschillende tarieven tussen de vennoten van een tijdelijke handelsvennootschap steeds uitsluit en met andere woorden inhoudt dat de algemene kosten en winst steeds en noodzakelijk op identieke wijze moeten worden verdeeld over de verschillende posten, door welke vennoot ook deze zullen worden uitgevoerd. Er wordt immers in het voormelde artikel 15 verwezen naar een verdeling over de posten “in verhouding tot hun belangrijkheid”. Evenmin tonen zij ook hier concreet en op het eerste gezicht overtuigend aan dat de betrokken verschillende percentages te dezen effectief “*front loading*” inhouden.

23. Er kan worden vastgesteld dat blijkens de prijsverantwoording van de gekozen inschrijvers, vennoot nv Algemene Aannemingen Soetaert lijkt te zullen instaan voor de kunstwerken, zijnde de brug en de tunnel, terwijl vennoot nv Verhelst Aannemingen de overige werken voor zijn rekening zou nemen.

Zoals de verwerende partij opmerkt, lijken de respectieve werken te kunnen worden onderscheiden, in die zin dat hiermee welbepaalde posten corresponderen die dan door de ene of de andere vennoot tot uitvoering kunnen worden gebracht, en lijkt het niet onaannemelijk dat die verschillende werken verschillende kosten vergen. Zo lijken de kunstwerken een hoger gebruik van kranen te impliceren. Op het eerste gezicht blijkt dan niet waarom beide vennoten niet ook verschillende algemene kosten en winst in aanmerking mogen nemen op de door hen uit te voeren posten.

De argumentaties die de verzoekende partijen nog aanbrengen in verband met het verschil tussen indirecte werfkosten en algemene kosten, en het niet in rekening brengen van de individuele werfkosten bij regietarieven, vereisen om ze te kunnen beoordelen een onderzoek dat wegens zijn complexiteit niet in te passen is in de snelle beoordeling, vereist in een procedure bij uiterst dringend noodzakelijkheid.

24. Er wordt aldus niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond waarom de betrokken verdeling niet in overeenstemming kan zijn met artikel 15, in fine, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Met de betrokken verdeling immers lijkt het juist mogelijk gemaakt dat kosten worden aangerekend op posten “in verhouding tot hun belangrijkheid”.

25. Ook de ernst van het tweede middelonderdeel is bijgevolg niet aangetoond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

26. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van eerlijke mededinging en het materiële motiveringsbeginsel.

27. Zij achten deze beginselen geschonden doordat:

“Eerste onderdeel

[...] Verwerende Partij de THV Verhelst Aannemingen-Soetaert is blijven herbevragen tot zij ten langen leste een afdoende prijsverantwoording bekwam;

Terwijl, indien de aanbestedende overheid een inschrijver blijft herbevragen, de prijsverantwoording in wezen niet wordt opgemaakt door de inschrijver, maar wel door de aanbestedende overheid die de inschrijver (bege)leidt tot uiteindelijk de prijsverantwoording wordt bekomen die moet worden bekomen;

Terwijl, het aanhoudend herbevragen van een bepaalde inschrijver tot deze er uiteindelijk in slaagt een afdoende prijsverantwoording te verstrekken, niet de handelswijze is die mag verwacht worden van een aanbestedende overheid die op een objectieve, neutrale en gelijke wijze de offertes van de verschillende inschrijvers beoordeelt;

Terwijl, zodoende de kennelijk overmatige uitoefening ten voordele van een bepaalde inschrijver (in casu de THV Verhelst Aannemingen-Soetaert) van de mogelijkheid tot herbevraging, zoals voorzien in artikel 21, § 3, vijfde lid, van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdrachten, een onzorgvuldigheid en een schending van de eerlijke mededinging uitmaakt.

Tweede onderdeel

[...] Verwerende Partij in de motieven van de Bestreden Beslissing tot het besluit komt dat ‘de aangeleverde prijsverantwoording van posten 8, 171, 428, 468, 470, 536 en 537 kunnen aanvaard worden en dat voor deze posten het vermoeden van abnormaal lage eenheidsprijzen afdoende is weerlegd’;

Terwijl, Het advies d.d. 10 december 2014 waarin ATO besluit ‘De prijsverantwoording voor posten 8, 428 en 468 daarentegen kan op basis van bovenstaande bevinden niet aanvaard worden’ nog steeds bestaat en deel uitmaakt van het gunningsdossier;

Terwijl, de motivering van de Bestreden Beslissing geen gewag maakt van een nieuw advies van ATO dat andersluidend zou zijn.

Terwijl, er derhalve tegenstrijdigheid bestaat tussen het advies d.d. 10 december 2014 van ATO dat de prijs van de THV Verhelst Aannemingen-Soetaert voor de posten 8, 428 en 468 als abnormaal beoordeelt en de motivering van de Bestreden Beslissing waarin de prijs voor deze posten als aanvaardbaar wordt beoordeeld;

Terwijl, het materieel motiveringsbeginsel zich niet verstaat met een dergelijke duidelijke tegenstrijdigheid.”

Beoordeling

Eerste onderdeel

28. Bij brief van 19 november 2014 vraagt de verwerende partij aan de tijdelijke handelsvennootschap Verhelst Aannemingen – Soetaert “[o]vereenkomstig artikel 21 § 3 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011” om een prijsverantwoording die op 1 december 2014 wordt meegedeeld. In een brief van 2 december 2014 vraagt de verwerende partij om extra detaillering mee te delen over de rendementen die worden opgegeven en dan in het bijzonder voor posten 470, 471, 536 en 537. De tijdelijke handelsvennootschap deelt met een brief van 4 december 2014 extra detaillering van de gevraagde rendementen mee.

De omstandigheid dat de verwerende partij met toepassing van artikel 21, § 3, vijfde lid, van het koninklijk besluit Plaatsing in het kader van het onderzoek van de ontvangen verantwoording tot de in die bepaling vervatte herbevraging overgaat, lijkt niet te mogen worden beschouwd als “een kennelijk overmatige uitoefening door de aanbestedende overheid van de mogelijkheid tot herbevraging”.

29. Bij arrest nr. 230.345 van 26 februari 2015 werd de eerste gunningsbeslissing van 19 december 2014 in haar tenuitvoerlegging geschorst wegens de op het eerste gezicht vastgestelde miskennen van artikel 21, § 3, en artikel 95, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit 15 juli 2011, minstens wegens het opgeven van een motivering die als intern tegenstrijdig overkomt. Meer bepaald werd de grief aanvaard, dat drie prijzen als abnormaal werden aangemerkt terwijl de offerte toch niet als substantieel onregelmatig werd bestempeld.

Dat in die concrete omstandigheid na de intrekking van de beslissing van 19 december 2014 en in een poging om tegemoet te komen aan de overwegingen van het arrest nr. 230.345, de verwerende partij vooraleer de bestreden beslissing te nemen nogmaals een bijkomende prijsverantwoording heeft gevraagd, lijkt niet te mogen worden gelijkgesteld met “een kennelijk overmatige uitoefening ten voordele van een bepaalde inschrijver [...] van de mogelijkheid tot herbevraging” waarbij de prijsverantwoording in wezen zou zijn opgemaakt door de aanbestedende overheid.

30. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

31. De prijsverantwoordingen voor posten 8, 428 en 468 konden volgens het advies van 10 december 2014 van ATO op grond van de dan aanwezige bevindingen niet worden aanvaard.

Na de voormelde schorsing van de tenuitvoerlegging van de eerste gunningsbeslissing van 19 december 2014 bij arrest van 26 februari 2015 werd een bijkomende prijsverantwoording gevraagd aan de tijdelijke handelsvennootschap Verhelst Aannemingen – Soetaert. ATO heeft hierover op 3 juli 2015 nieuw advies gegeven, hiervoor na randnummer 3.3. vermeld.

Enige tegenstrijdigheid tussen het – eerste - advies van 10 december 2014 van ATO en de bestreden beslissing genomen met inachtneming van voornoemde prijsverantwoording kan bijgevolg niet, alvast niet zonder enige nadere toelichting die te dezen lijkt te ontbreken, worden beschouwd

‡CCDQJDEDI-BCEDGHV‡

als een gegeven dat de draagkrachtigheid van de motieven van de bestreden beslissing vitiëert.

32. Het tweede middelonderdeel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

IX. Kosten

34. 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 gevorderde 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 Verhelst Aannemingen en de nv Algemene Aannemingen Soetaert, samen vormend de thv Verhelst Aannemingen-Soetaert tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

‡CCDQJDEDI-BCEDGHV‡

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 maart 2016,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest