

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.366 van 12 oktober 2017
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 een tijdelijke handelsvennootschap
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 een tijdelijke handelsvennootschap
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 het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 april 2016, strekt tot de nietigverklaring 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; en de impliciete beslissing om de opdracht niet aan [de THV Aswebo nv – Artes Depret nv] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 234.189 van 22 maart 2016 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

Met een brief van 17 juli 2017 deelt de raadsman van de tussenkomende partijen mee “dat cliënten niet zijn tussengekomen in de annulatieprocedure zodat ik er van uitga dat ik niet aanwezig dien te zijn op voormelde zitting dd. 26 september”. Deze brief dient als een afstand te worden beschouwd.

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

Auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 september 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Nicolas Goethals, die *loco* advocaat Frank Judo verschijnt voor de verwerende 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 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’.

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.

3.4. Met brieven van 19 november 2014 vraagt de verwerende partij aan de thv nv Verhelst Aannemingen-nv Algemene Aannemingen Soetaert “[o]vereenkomstig artikel 21 § 3 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011” de eenheidsprijs voor een aantal posten te verantwoorden. Bij brief van 2 december 2014 vraagt de verwerende partij nog een extra toelichting.

De thv nv Verhelst Aannemingen-nv Algemene Aannemingen Soetaert deelt met brieven van 1 en 4 december 2014 de gevraagde verantwoording en toelichting mee.

‡BCKRJBBCE-BDBABJT‡

3.5. In het gunningsverslag van 22 december 2014 wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de thv nv Verhelst Aannemingen-nv Algemene Aannemingen Soetaert.

3.6. Bij beslissing van 19 december 2014 gunt de verwerende partij voormelde overheidsopdracht aan de thv nv Verhelst Aannemingen-nv Algemene Aannemingen Soetaert.

3.7. 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 – A. 214.854/XII-7812 – de tenuitvoerlegging van de voormelde beslissing geschorst.

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

3.9. De verwerende partij voert een nieuw prijsonderzoek en besluit in het gunningsverslag van 3 december 2015 dat de door de thv Verhelst nv-Algemene Aannemingen Soetaert nv aangeleverde prijsverantwoording mag worden aanvaard. Bijgevolg wordt besloten dat de offerte van deze inschrijver op prijstechnisch vlak regelmatig is.

3.10. Bij beslissing zonder datum wordt de opdracht opnieuw 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.

Dit is thans de bestreden beslissing.

3.11. Bij aangetekende brief van 8 februari 2016 vraagt de verwerende partij aan de thv Verhelst Aannemingen-Algemene Aannemingen

‡BCKRJBBCE-BDBABJT‡

Soetaert nv om, “de geldigheidsstermijn van uw offerte voor bovenvermelde opdracht te verlengen tot en met 1 maart 2016”, aangezien “de geldigheidsstermijn van de offerte [...] inmiddels verstreken [is]”.

Bij aangetekende brief van 16 februari 2016 bevestigt de thv Verhelst Aannemingen-Algemene Aannemingen Soetaert nv dat zij de verbintenistermijn “onvoorwaardelijk verlengen tot en met 01/03/2016”.

3.12. Ook tegen deze beslissing dienen de verzoekende partijen op 22 februari 2016 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

De Raad van State verwerpt bij arrest nr. 234.189 van 22 maart 2016 de vordering.

IV. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partijen voeren de schending aan “van artikel 24, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006; schending van artikel 51, § 2, tweede lid; artikel 82, § 1, eerste lid en § 2; artikel 95, § 2 en § 4 en artikel 103, van het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011; schending van het gelijkheidsbeginsel”.

Zij achten voornoemde bepalingen en beginselen geschonden doordat:

“voor Verhelst Aannemingen nv de offerte van de THV Verhelst Aannemingen-Soetaert werd ondertekend door de gedelegeerd bestuurder; Doordat, Verwerende Partij de offerte van de THV Verhelst Aannemingen-Soetaert als regelmatig in de gunningsprocedure behield, op basis van de motivering dat ‘AWV heeft nagegaan en kan bevestigen dat (...) Verhelst Johan (gedelegeerd bestuurder) bevoegd is om deze offerte te ondertekenen’;

Terwijl, artikel 82, § 1, eerste lid en §2, van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdrachten bepaalt ‘§ 1. De inschrijver ondertekent de offerte en de eventuele samenvattende opmeting of inventaris en de andere bijlagen bij de offerte. (...) §2. Als de offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid, wordt § 1 nageleefd door elke deelnemer aan de combinatie’; artikel 51, § 2, tweede lid, van hetzelfde Besluit vooreerst bepaalt: ‘de offerte wordt ondertekend door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden’ en vervolgens: ‘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 gedelegeerd bestuurder alleenoptredend niet bevoegd was om de vennootschap te verbinden;

Terwijl, de gedelegeerd bestuurder van Verhelst Aannemingen nv de offerte evenmin geldig kon ondertekenen als daad van dagelijks bestuur;

Terwijl, in hoofde van Verhelst Aannemingen nv de offerte van de combinatie zonder rechtspersoonlijkheid THV Verhelst Aannemingen-Soetaert dan ook niet geldig is ondertekend;

Terwijl, een offerte ingediend door een combinatie (c.q. tijdelijke handelsvennootschap) geldig dient te worden ondertekend door alle leden ervan;

Terwijl, artikel 95, § 2, van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdrachten bepaalt dat op formeel vlak een offerte substantieel onregelmatig is als ze afwijkt van de vormvoorschriften van onder meer artikel 51, § 2 en 82, en vervolgens artikel 95, § 4, van hetzelfde Besluit bepaalt dat een substantieel onregelmatige offerte nietig is;

Terwijl, de ondertekening van de offerte een substantiële formaliteit is, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft;

Terwijl, met het gebrek aan ondertekening de situatie moet worden gelijkgesteld waarbij zij die ondertekenen niet degenen zijn die daartoe bevoegdheid hebben krachtens dwingende regelgeving of eigen statutaire bepalingen;

Terwijl, het gebrek aan ondertekening niet kan worden gedekt/hersteld en er niet mag worden aangenomen dat na de opening van de offertes een offerte nog geldig kan worden ondertekend;

Terwijl, beweren dat door het handhaven van de offerte ná het verstrijken van de verbintenistermijn en het verlengen van de verbintenistermijn, in toepassing van artikel 103 van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdracht, de offerte alsnog geldig ondertekend c.q. verbindend werd, neerkomt op het dekken van de substantiële onregelmatigheid en het ondertekenen van de offerte na de opening van de offertes;

Terwijl, de vragen van Verwerende Partij aan de THV Verhelst Aannemingen – Soetaert tot behoud van haar offerte en verlenging van de verbintenistermijn ervan, die ten overstaan van de Bestreden Beslissing voorbereidende handelingen uitmaken, onwettig zijn; deze met name artikel 24, eerste lid, van de Wet Overheidsopdrachten, artikel 51, § 2, tweede lid en artikel 82, § 1, eerste lid en § 2, juncto artikel 95, § 2 en § 4, van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdrachten en het gelijkheidsbeginsel schenden;

Terwijl, als zijnde voorbereidende handelingen Verzoekende Partij de onwettigheid van de verzoeken van Verwerende Partij aan de THV Verhelst Aannemingen – Soetaert tot handhaving van haar offerte, kan inroepen tot staving van haar annulatieberoep tegen de Bestreden Beslissing; in de mate de Bestreden Beslissing steunt op deze verzoeken en de hieruit voortvloeiende antwoorden van de THV Verhelst Aannemingen – Soetaert, de Bestreden Beslissing onwettig is, nu deze voorbereidende handelingen as such onwettig zijn;

Terwijl, artikel 103 van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdrachten nergens toelaat af te wijken van de voorschriften van de Wet Overheidsopdrachten, de overige bepalingen van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdrachten of de beginselen van behoorlijk bestuur, laat staan van de sanctie van substantiële onregelmatigheid zoals uitdrukkelijk bepaald in artikel 51, § 2, tweede lid en artikel 82, § 1, eerste lid en § 2, juncto artikel 95, § 2 en § 4, van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdrachten.”

5. De verwerende partij antwoordt dat het aan de verzoekende partijen toekomt aan te geven waarom de overwegingen in het tussenarrest nr. 234.189 onterecht of onjuist zijn. Zij laten echter na dit te doen, maar steunen zich in het voorliggende annulatieberoep op een ander feitelijk uitgangspunt.

Niettegenstaande de rechtsbescherming en de rechtszekerheid evenwaardige doelstellingen zijn, dreigt volgens de verwerende partij het evenwicht tussen beide te worden uitgehold, indien een procespartij zoals de verzoekende partijen, eerst het potentiële nut van een schorsingsprocedure door eigen foutief of onzorgvuldig handelen, ziet verloren gaan, maar haar vervolgens wel de kans zou worden gegeven om dit recht te zetten door een ander uitgangspunt aan te wenden in het verzoekschrift in het kader van een opeenvolgende procedure die niet volgens de principes van een kort geding – bij uiterst dringende noodzakelijkheid – wordt doorlopen.

De verwerende partij benadrukt voorts dat er geen onzekerheid bestaat over de verbintenis van de nv Verhelst Aannemingen, nu die partij reeds tweemaal de verlenging van haar verbintenistermijn rechtsgeldig heeft bevestigd conform haar statuten zoals gewijzigd op 16 juni 2015. Dat het normdoel werd bereikt, werd volgens de verwerende partij ook uitdrukkelijk bevestigd door de afdeling Bestuursrechtspraak in het tussenarrest nr. 234.189. Artikel 18, *in fine*, van de statuten van de nv Verhelst Aannemingen, bepaalt dat de handtekening van de gedelegeerd bestuurder volstaat om de vennootschap te binden. De verzoekende partijen concretiseren niet waarom uit de statutenwijziging een “bevestiging” *a posteriori* zou kunnen worden afgeleid met betrekking tot de toestand op het ogenblik van de inschrijving.

Ten slotte wijst de verwerende partij er nog op dat een miskenning van artikel 51, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ niet automatisch leidt tot het bestaan van een formele onregelmatigheid in de zin van artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. De regelgever heeft een automatische werking van voornoemd artikel 95 in elk geval uitdrukkelijk van de hand gewezen.

6. In de laatste memorie benadrukt de verwerende partij opnieuw dat de vraag rijst “of het wel wettig mogelijk is dat een gunningsbeslissing wordt vernietigd op vraag van een partij die er voordien, door haar eigen kennelijke fout, niet in is geslaagd om de schorsing van de uitvoering van die zelfde beslissing te verkrijgen”.

De verwerende partij meent dat het antwoord op die vraag moet worden gezocht in het licht van de Europese richtlijn 2007/66/EG ‘met betrekking tot de beroepsprocedures in overheidsopdrachten’ en de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013, waarmee het een en ander werd geïmplementeerd en die de “UDN-procedure” als de standaardprocedure invoert voor overheidsopdrachten. Deze regelgeving tracht een evenwicht te bewaren tussen de rechtsbescherming aan de ene kant en de rechtszekerheid aan de andere kant. Volgens de verwerende partij hebben de verzoekende partijen in huidig geval hun rechtsbescherming verwerkt, nu zij door een verkeerde formulering van een

wettigheidskritiek in een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid hun schorsingsverzoek verworpen zagen worden. In een dergelijk geval moet voorrang worden gegeven aan de rechtszekerheid, aldus de verwerende partij, ter eerbiediging van voormeld evenwicht tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid.

De verwerende partij verzoekt, indien de Raad van State hierover anders zou oordelen, om daarover de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Europees Hof van Justitie van de Europese Unie:

“1) Dient Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten zo te worden geïnterpreteerd dat wanneer een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een gunningsbeslissing wordt verworpen (onder meer) omdat de verzoeker een middel verkeerd en onzorgvuldig had geformuleerd, deze verzoeker nog de mogelijkheid heeft om de nietigverklaring van diezelfde beslissing te vorderen op grond van een geherformuleerd en gecorrigeerd, maar naar inhoud en str[e]kking identiek middel

2) dan wel indien de vernietiging in dat geval nog mogelijk blijft, dat vernietiging van de gunningsbeslissing niet uitgesproken kan worden op grond van een geherformuleerde versie van het wat betreft inhoud en strekking identieke middel dat in het kader van de schorsingsprocedure niet werd ingewilligd wegens de verkeerde en onzorgvuldige formulering ervan?”

De verwerende partij wijst er nog op dat de in uitvoering zijnde werken volstrekt nodig zijn voor de verkeersveiligheid en dat dit in schril contrast staat met het eventuele voordeel dat de verzoekende partij bij de vernietiging zou kunnen hebben.

Voorts betwist de verwerende partij ten stelligste dat hier mag worden besloten tot een automatische toepassing van de onregelmatigheid in de zin van artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing. Telkens moet *in concreto* worden nagegaan of het gaat om een voorschrift met een essentieel karakter. Uit het verslag aan de Koning blijkt dat een vormvoorschrift als essentieel mag worden beschouwd wanneer onder meer een afwijking ervan de verbintenis van

de betrokken inschrijver onzeker zou kunnen maken. Daaruit vloeit volgens de verwerende partij voort dat een niet-ondertekening van een offerte “doorgaans” tot onregelmatigheid kan leiden, indien *in concreto* zou blijken dat de verbintenis van de betrokken inschrijver “onzeker” kan zijn. Gelet op de verlengingen van de verbintenistermijn, kan er te dezen niet de minste twijfel bestaan over de verbintenis in hoofde van de nv Verhelst Aannemingen, des te meer nu de bestreden beslissing werd genomen nadat de verbintenistermijn een eerste keer werd verlengd, overeenkomstig de statuten. Ook uit de ondubbelzinnige bewoordingen van de betrokken inschrijver blijkt dat er geen onzekerheid kan bestaan over zijn verbintenis. Daarenboven is de andere partner uit de combinatie, de nv Soetaert, in elk geval op zichzelf als geldige inschrijver te beschouwen en is hij ten aanzien van de verwerende partij hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenis tot uitvoering van de werken. Aldus is een beroep op de verbintenis van de andere inschrijver uit een combinatie perfect mogelijk.

Wat ten slotte de impliciete weigeringsbeslissing betreft, blijft de verwerende partij erbij dat de verzoekende partij haar belang daarbij niet heeft verduidelijkt. Er mag enkel worden rekening gehouden met de wijze waarop zij haar belang heeft omschreven in haar verzoekschrift. Bovendien merkt de verwerende partij nog op dat zij op grond van artikel 35 van de wet van 15 juni 2006 haar recht behoudt om af te zien van de gunning.

Beoordeling

7.1. Het verslag aan de Koning (B.S. 9 augustus 2011, 44908) bij het in het middel geschonden geachte artikel 95, tweede lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) merkt op dat een offerte “steeds als formeel onregelmatig [moet] worden beschouwd wanneer ze afwijkt van de essentiële vormvoorschriften vervat in” onder meer artikel 51, § 2, en 82.

Artikel 51, § 2, tweede lid, van het voormelde koninklijk besluit bepaalt dat “de offerte wordt ondertekend door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden”, waaraan wordt toegevoegd dat:

‡BCKRJBBCE-BDBABJT‡

“Dit voorschrift geldt voor alle deelnemers als de offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid. De deelnemers zijn dan hoofdelijk verbonden en zijn verplicht de deelnemer aan te duiden die de combinatie zal vertegenwoordigen tegenover de aanbestedende overheid”.

7.2. 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. Het vormvoorschrift van de ondertekening van de offerte op het ogenblik van de indiening van de offertes moet worden geacht essentieel te zijn nu ze de nodige zekerheid biedt omtrent zowel het bindend karakter van het aanbod van de inschrijvers als de eerlijke concurrentie tussen hen.

Voormeld artikel 51, § 2, bepaalt voorts uitdrukkelijk dat het vormvoorschrift van de ondertekening “geldt voor alle deelnemers als de offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid” en dat “de deelnemers [...] dan hoofdelijk verbonden” zijn. De argumentatie van de verweerende partij in de laatste memorie dat een beroep kan worden gedaan op de andere partner uit de combinatie, de nv Soetaert, die wel geldig heeft ondertekend en aldus op zichzelf als geldige inschrijver te beschouwen zou zijn, kan bijgevolg niet worden bijgevalen. Uit het voormelde aangehaalde artikel dient te worden afgeleid dat elke offerte ingediend door een tijdelijke handelsvennootschap ondertekend dient te worden door al de leden daarvan, behoudens volmacht.

8.1. In het middel is in wezen de vraag aan de orde of de bvba Verhelst Johan, die de offerte van de gekozen inschrijvers voor de nv Verhelst Aannemingen ondertekende, alleen optredend, bevoegd was om de offerte namens de vennootschap te ondertekenen. De nv Verhelst Aannemingen heeft samen met de nv Algemene Aannemingen Soetaert onder de vorm van de tijdelijke handelsvennootschap Verhelst Aannemingen – Soetaert de offerte ingediend.

8.2. Op het moment van de ondertekening en de indiening van de offerte – dit is op 3 november 2014 – luidde 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.”

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.”

9. Op het offerteformulier van de gekozen inschrijvers is de bvba Verhelst Johan vermeld als ondertekenaar en optredend voor de nv Verhelst Aannemingen. In het gunningsverslag is over de ondertekening van de offerte van de gekozen inschrijvers te lezen dat “Koen Muller (gevolmachtigde) en Verhelst Johan (gedelegeerd bestuurder) bevoegd is om deze offerte te ondertekenen”. Op dat tijdstip lieten de statuten van de nv Verhelst Aannemingen echter nog niet toe dat een offerte enkel door één gedelegeerd bestuurder werd ingediend. De

verwerende partij betwist niet dat het ondertekenen van een offerte voor een overheidsopdracht niet te beschouwen is als een daad van dagelijks bestuur.

10. De verwerende partij wijst erop dat de verzoekende partijen de kritiek geformuleerd in dit middel reeds hebben aangevoerd in de schorsingsprocedure – weliswaar “foutief en/of onzorgvuldig” – en dat deze reeds werd verworpen. Zij zouden door een verkeerde formulering van hun wettigheidskritiek in de schorsingsprocedure, wat volgens haar een “kennelijke fout” uitmaakt, hun rechtsbescherming hebben verwerkt.

De omstandigheid dat inschrijvers de mogelijkheid wordt geboden om een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in te stellen vóór het sluiten van de overeenkomst en dat de richtlijn 2007/66/EG die mogelijkheid aanbeveelt – overweging 28 van de voormelde richtlijn verklaart dat de verhoging van de doeltreffendheid van de nationale beroepsprocedures de betrokkenen ertoe moet aanzetten om meer gebruik te maken van de beroepen in kort geding vóór het sluiten van de overeenkomst – verhindert niet dat zij alsnog een annulatieberoep met zelfde, nieuwe of anders geformuleerde middelen kunnen instellen. Daarenboven kan een dergelijk beroep worden ingesteld los van een eventueel voorafgaande vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zonder dat dit de rechtszekerheid in de weg staat. De sluiting en zelfs de uitvoering van de overeenkomst verhinderen de nietigverklaring van de voorafgaande gunningsbeslissing niet.

De Raad van State ziet dan ook niet in waarom de verzoekende partijen te dezen niet de kans zouden mogen krijgen om een annulatieberoep in te stellen, zelfs al voeren zij daarbij opnieuw eenzelfde middel aan, doch met correctie van een aanvankelijk verkeerd feitelijk uitgangspunt, wat werd vastgesteld in het arrest nr. 234.189 gewezen in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. De verzoekende partijen merken overigens terecht op dat het gunningsverslag ook niet verduidelijkt of de ondertekening van de offerte door “Verhelst Johan” gebeurde in zijn hoedanigheid van een gedelegeerd bestuurder-natuurlijke persoon of in zijn hoedanigheid van vaste vertegenwoordiger van de bvba Verhelst Johan. Dit bleek wel uit het offerteformulier, waarvan zij op het

‡BCKRJBBCE-BDBABJT‡

ogenblik dat zij hun verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid indienden, nog geen kennis hadden. De verwerende partij toont bijgevolg niet aan dat enige rechtsregel of het zorgvuldigheidsbeginsel eraan in de weg zouden staan dat de verzoekende partijen opnieuw in het kader van een annulatieberoep na een afgewezen vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing, een “geherformuleerd en gecorrigeerd middel” mogen aanvoeren, dat “naar inhoud en strekking identiek” is.

Er is geen reden om hierover de door de verwerende partij – overigens pas in haar laatste memorie – voorgestelde prejudiciële vraag op grond van artikel 267 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Er kan immers geen redelijke twijfel over bestaan dat het Hof van Justitie deze mogelijkheid ontoelaatbaar zou achten of dat de ingeroepen richtlijn zich daartegen zou verzetten. De verwerende partij kan niet worden bijgevalen waar zij stelt dat een nietigverklaring van de bestreden beslissing in dergelijk geval de verhouding tussen rechtszekerheid en rechtsbescherming volledig zou doen overhellen naar het laatste aspect.

Voor zover de verwerende partij in haar laatste memorie nog verwijst naar de nadelige gevolgen van een eventuele vernietiging, die niet in verhouding zouden staan met het voordeel dat de verzoekende partij eruit haalt, verduidelijkt zij niet welk rechtsgevolg zij hieraan verbonden wil zien.

11. Zoals reeds vastgesteld onder randnummer 9, was de bvba Verhelst Johan als gedelegeerd bestuurder ten tijde van de indiening van de offerte niet bevoegd om, afzonderlijk handelend, de nv Verhelst Aannemingen te vertegenwoordigen en die offerte te ondertekenen, wat de verwerende partij overigens ook niet betwist. De omstandigheid dat de nv Verhelst Aannemingen vervolgens reeds tweemaal, sinds de statutenwijziging van 16 juni 2015, de verbintenistermijn van hun offerte rechtsgeldig heeft verlengd, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat ten tijde van de indiening van de offertes niet vaststond dat de nv Verhelst Aannemingen zich wel rechtsgeldig had verbonden tot de

inschrijving. Er kan immers geen verlenging plaatsvinden, zonder dat er ooit een geldige verbintenis is geweest.

Een rechtsgeldige verlenging van de verbintenistermijn die *post factum* en buiten de termijn voor het indienen van de offertes is gegeven, kan niet worden aanvaard omdat er dan op het ogenblik van de indiening van de inschrijving geen enkele verbintenis van de inschrijver voorhanden was en de aanbestedende overheid op dat ogenblik daarover aldus geen enkele zekerheid had. Zelfs al kan worden aangenomen dat er op het ogenblik van de verlenging van de verbintenistermijn niet langer enige twijfel kan bestaan over de verbintenis in hoofde van de nv Verhelst Aannemingen, dan nog blijft de vaststelling overeind dat pas na de in het bestek gestelde datum voor indiening van de offertes voor het eerst dan een zekere verbintenis voorligt. Daarbij lijkt het ook strijdig met het gelijkheidsbeginsel dat de overige inschrijvers zich door de indiening van hun offerte reeds hebben moeten verbinden ten aanzien van de verwerende partij terwijl de nv Verhelst Aannemingen als enige de kans zou hebben gekregen om zich pas later te verbinden op het ogenblik dat zij een goede kans zag dat de opdracht aan haar zou worden gegund. Uit het door de verwerende partij aangehaalde verslag aan de Koning bij artikel 21 van het koninklijk besluit van 7 februari 2014 (B.S. 21 februari 2014, 14000-14002) tot wijziging van artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing, blijkt immers ook dat een vormvoorschrift als essentieel mag worden beschouwd wanneer een afwijking ervan “de betrokken inschrijver een voordeel zou kunnen opleveren ten opzichte van zijn concurrenten, m.a.w. tot een ongelijke behandeling zou kunnen leiden”.

12. In het tussenarrest nr. 234.189 werd voorts niet vastgesteld dat het normdoel inzake de verbintenis werd bereikt. De betrokken overwegingen parafraseren enkel het verweer in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, waarna de Raad van State oordeelt dat het verkeerd feitelijk uitgangspunt van het middel in die procedure en het verweer, niet toelaten de ernst van dat middel aan te nemen.

13. Uit het voorgaande volgt dat de offerte van de THV Verhelst Aannemingen nv-Soetaert nv substantieel onregelmatig was, doordat op het

‡BCKRJBBCE-BDBABJT‡

ogenblik van de indiening ervan, ze niet rechtsgeldig was ondertekend door één van de deelnemende vennoten, namelijk de nv Verhelst Aannemingen, wat een schending van de hiervóór geciteerde bepalingen inhoudt.

14. Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

15. Uit het gegrond bevinden van het eerste middel vloeit voort dat de verwerende partij verplicht was de nv Verhelst Aannemingen, deel uitmakend van de tijdelijke handelsvennootschap Verhelst Aannemingen nv – Soetaert nv, te weren uit de gunningsprocedure.

De verwerende partij heeft in haar aanbestedingsverslag zoals bekrachtigd in de gunningsbeslissing, een eindrangschikking opgenomen waarbij de offerte van verzoekende partijen als tweede regelmatige offerte werd opgenomen. De verwerende partij heeft een formele beslissing genomen betreffende de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partijen door het aanbestedingsverslag zonder voorbehoud en volledig goed te keuren.

Er moet bijgevolg worden aangenomen dat uit het gegrond bevinden van het eerste middel voortvloeit dat de impliciete weigeringsbeslissing tot het gunnen van de opdracht aan de verzoekende partijen evenzeer moet worden vernietigd.

Wat de in de laatste memorie ingeroepen bevoegdheid van de verwerende partij betreft om na het volgen van een gunningsprocedure, de opdracht alsnog niet te gunnen, dient zij erop te worden gewezen dat zij daarbij niet willekeurig te werk mag gaan en dat die beslissing moet steunen op deugdelijke en aanvaardbare motieven die de beslissing kunnen dragen. Zij brengt die niet aan. In het gunningsverslag van 3 december 2015 werden alle offertes geselecteerd, en werden de offertes van alle inschrijvers, behalve die van THV Norré Behaegel-TS Infra bvba, regelmatig beschouwd. De verwerende partij heeft zich bij dat verslag aangesloten. De beslissing in zoverre deze de regelmatigheid betreft van de offerte van de verzoekende partijen is definitief geworden.

Het feit dat de opdracht intussen wordt uitgevoerd of al is uitgevoerd en verzoekende partijen niet meer de kans kunnen krijgen om deze in natura uit te voeren, ontnemt hun niet het gekwalificeerd moreel belang bij hun annulatieberoep, ook niet wat de impliciete weigeringsbeslissing betreft.

Ten slotte is er niet de minste reden om aan te nemen dat de belangomschrijving door de verzoekende partijen in hun verzoekschrift niet zowel de gunningsbeslissing als de impliciete beslissing omvatte.

16. De overige middelen kunnen niet leiden tot een ruimere vernietiging en blijven dan ook onbesproken.

V. Kosten

17.1. De verzoekende partij vraagt dat de verwerende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

17.2. Er is grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ het door de verzoekende partij gevorderde basisbedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de inwilliging van het beroep tot nietigverklaring als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State stelt de afstand van de tussenkomst vast.

2. De Raad van State vernietigt de beslissing van 3 december 2015 van het Vlaamse Gewest om de opdracht “N31 te Brugge. Herinrichten van het kruispunt met de N351 Bevrijdingslaan kmpt 6,022” te gunnen aan de thv Verhelst Aannemingen-Soetaert en de impliciete beslissing om deze opdracht niet aan de thv Aswebo nv – Artes Depret nv te gunnen.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partijen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 oktober 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest