

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.367 van 12 oktober 2017
in de zaak A. 219.312/XII-8145**

In zake: de NV DILLEN BOUWTEAM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Koen Geelen en Wouter Moonen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AGENTSCHAP SPORT VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk De Ceuster en Elke Casteleyn
kantoor houdend te 2980 Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 mei 2016, strekt tot de nietigverklaring van het “besluit van 22 maart 2016 van de Administrateur-generaal van het Agentschap Sport Vlaanderen van de Vlaamse Gemeenschap, waarbij de opdracht voor het uitvoeren van werken, met als voorwerp ‘fase 1: verbouwingswerken sporthal van het centrum van Sport Vlaanderen in Herentals’ met besteknummer 14-he-001-f, werd gegund aan de nv Swinnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij 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 Wouter Moonen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Uschi Steurs, die loco advocaat Dirk De Keuster verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp “fase 1: verbouwingswerken Sporthal van het BLOSO Centrum Herentals”. De gunningswijze is de open aanbesteding.

3.2. Drie ondernemingen dienen een offerte in voor de opdracht, namelijk de verzoekende partij, de nv Cogama CGM en de nv Swinnen.

3.3. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. Hierin wordt het volgende opgemerkt:

“Bij de firma's Cogama en Swinnen ontbreekt een deel van de gevraagde veiligheidsdocumenten zoals de

- planning en opmerkingen op uitvoeringstermijn,
- het werfinrichtingsplan.

De ontbrekende documenten zullen opgevraagd worden indien deze aanbiedingen in aanmerking zouden komen voor eventuele gunning.

De offertes wijken niet af van de essentiële vormvoorschriften in het bestek.

Volgende offertes wijken af van niet-essentiële vormvoorschriften in het bestek: N.V. COGAMA C.G.M., SWINNEN N.V.

De ontbrekende documenten werden niet op straffe van nietigheid ingeschreven in het bestek.

Deze offertes worden als regelmatig beschouwd.”

De rangschikking is, bedragen btw inbegrepen: de nv Swinnen 1.321.056,90 euro, de nv Cogama 1.386.027,80 euro en de verzoekende partij 1.550.612,29 euro. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Swinnen.

3.4. Op 22 maart 2016 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Swinnen voor een bedrag van 1.321.059,90 euro, btw inbegrepen.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

4.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 24, lid 1 van [de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006)], artikel 95 van [het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten

klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit Plaatsing)], artikel 30 van [het koninklijk besluit van 25 januari 2001 'betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen' (hierna: het koninklijk besluit van 25 januari 2001)], zoals geïnterpreteerd door de Ministeriële Omzendbrief van 18 december 2007 'Overheidsopdrachten. Tijdelijke of mobiele bouwplaatsen. Veiligheids- en gezondheidsplan. Praktische richtlijnen met betrekking tot de documenten die in toepassing van artikel 30, tweede lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen bij de offerte moeten worden gevoegd' [hierna: de Omzendbrief], de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ['betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen'] en het motiverings-, het redelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur".

Zij betoogt:

“Doordat de bestreden beslissing met verwijzing naar het verslag van nazicht van de offertes vaststelt dat de inschrijvers Swinnen en Cogama een gedeelte van de gevraagde veiligheidsdocumenten niet bij hun offerte hebben gevoegd, maar deze tekortkoming slechts als niet-essentieel beschouwt en de offertes van de inschrijvers Swinnen en Cogama dus niet weert als substantieel formeel onregelmatig;

Terwijl, wat een eerste middelonderdeel betreft, uit artikel 24, lid 1 van de wet van 15 juni 2006 volgt dat de opdracht moest worden gegund aan de goedkoopste regelmatige inschrijver en artikel 95 van het KB van 15 juli 2011 voorschrijft dat de aanbestedende overheid de formele en materiële regelmatigheid van de offertes moet beoordelen en dat de vaststelling van een substantiële onregelmatigheid moet leiden tot het weren van de offertes, en uit artikel 30 van het KB van 25 januari 2001 volgt dat de offerte-indieners bij hun offerte de gevraagde documenten moeten voegen, waaruit blijkt dat het veiligheids- en gezondheidsplan kan worden nageleefd, en de Omzendbrief van 18 december 2007 hierbij stelt dat het ontbreken van een essentieel onderdeel van deze documenten leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte;

En terwijl, wat een tweede middelonderdeel betreft, uit de aangehaalde bepalingen volgt dat, zelfs indien de tekortkomingen uit de offertes van inschrijvers Swinnen en Cogama niet als essentieel werden beoordeeld, de offertes nog steeds moesten worden geweerd, aangezien de in dat geval niet-essentiële tekortkomingen niet werden geremedieerd;

Doordat, wat een derde middelonderdeel betreft, in geen geval uit de bestreden beslissing en het gunningsverslag blijkt dat de tekortkomingen

uit de offertes van de inschrijvers Swinnen en Cogama gemotiveerd werden beoordeeld of zorgvuldig werden aangeduid; Terwijl artikel 30 van het KB van 25 januari 2001 (en de Omzendbrief van 18 december 2007) voorschrijft dat een aanbestedende overheid zich ervan moet vergewissen of de offertes alle nodige stukken bevatten, en op basis van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen de feitelijke en juridische elementen waar de beslissing op steunt, in de beslissing moeten worden opgenomen, en het materieel motiveringsbeginsel voorschrijft dat een beslissing op afdoende motieven gesteund moet zijn, en het zorgvuldigheidsbeginsel voorschrijft dat een beslissing gesteund wordt op een zorgvuldige feitenengaring.”

4.2. In haar toelichting wijst de verzoekende partij onder meer op artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 dat luidt:

“De opdrachtgever neemt de nodige maatregelen opdat het veiligheids- en gezondheidsplan deel zou uitmaken van, al naargelang het geval, het bijzonder bestek, de prijsaanvraag of de contractuele documenten en daarin als een afzonderlijk en als dusdanig betiteld deel wordt opgenomen.

Opdat de maatregelen vastgesteld in het veiligheids- en gezondheidsplan daadwerkelijk zouden kunnen toegepast worden bij de uitvoering van de werken, zorgt hij ervoor dat:

1° de kandidaten bij hun offertes een document voegen dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin zij beschrijven op welke wijze zij het bouwwerk zullen uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan;

2° de kandidaten bij hun offertes een afzonderlijke prijsberekening voegen in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen;

3° de coördinator-ontwerp zijn taak, bedoeld in de artikelen 4sexies, 5°, en 11, 4°, kan volbrengen.

De opdrachtgevers van de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen waarop de bepalingen van artikel 29 van toepassing zijn, zijn vrijgesteld van de toepassing van de voorgaande leden.”

Uit de Omzendbrief blijkt, aldus de verzoekende partij, dat als het document bedoeld in artikel 30, tweede lid, 1°, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ontbreekt of onvolledig is op essentiële punten, de offerte substantieel onregelmatig is; zo dit document enkel onvolledig is op niet-essentiële punten is de offerte “in principe regelmatig”. Uit rechtspraak van het

Hof van Cassatie en de Raad van State mag voorts worden afgeleid dat de documenten met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan, die bij de offerte moeten worden gevoegd, essentiële onderdelen van de offerte kunnen zijn.

4.3. Wat het eerste middelonderdeel betreft, benadrukt de verzoe-
kende partij dat bij de offerte de volgende stukken moeten worden gevoegd:
documenten waaruit blijkt dat de inschrijver de voorschriften uit het veiligheids-
en gezondheidsplan kan naleven. Wanneer die documenten volledig ontbreken of
op essentiële onderdelen ontbreken, is de offerte substantieel onregelmatig.

Te dezen ontbreken bij de offertes van de nv Swinnen en de
nv Cogama onderdelen van de documentatie, namelijk “planning en opmerkingen
op uitvoeringstermijn” en “het werfinrichtingsplan”. In het gunningsverslag
worden deze documenten ten onrechte niet-essentieel genoemd. Echter, het
werfinrichtingsplan is een essentieel onderdeel. In het bestek wordt immers
expliciet het volgende vermeld:

“4. Algemene info V&G-plan, werfsignalisatie en inrichtingsplan.

Zie plan hieronder bijgevoegd, waarop de zone aangeduid staat die ter
beschikking kan worden gesteld voor de werfinrichting.

Hiermee rekening houdend, gelieve een schets te maken waar hierna
vermelde gegevens zullen ingeplant worden:

- omheining + schutting: de schutting dient voorzien te worden van een
uittilbeveiliging die voorkomt dat aaneengesloten hekken kunnen
losgemaakt worden door voorbijgangers. Het gebruik van wapeningijzer
om de werfhekken aan elkaar te bevestigen wordt aldus niet aanvaard
door de bouwdirectie.

- afsluiting werfzone binnen het gebouw van de rest van het gebouw:
interne doorgang af te sluiten.

- Bezetting openbare weg + verkeersborden – conform de geldende
reglementering. De voetgangers dienen aangemaand te worden niet
voorbij de werf te lopen. In dit opzicht dient indien nodig aan de
voetgangers duidelijk gemaakt te worden waar zij dienen over te steken.
(indien van toepassing)

Voetgangers dienen eveneens duidelijk gemaakt te worden dat er
mogelijks zwaar werfverkeer zal plaatsvinden.

- Nutsaanduidingen, zoals elektrische kast – mogen niet gebruikt worden
zonder keuring, dienen conform AREI te zijn, en dienen continu gesloten
te blijven.

- In kaart brengen van de ondergrondse leidingen
- Werfweg + toegangswegen: dienen continu voldoende breed te zijn en voorzien van een stabiele ondergrond.
- Vluchtwegen + nooduitgangen: (zowel binnen als buiten op de werfzone)
- Werflokalen + kleedkamers + sanitaire installatie: conform ARAB en CODEX, zie bestek veiligheid (zie eveneens bestek veiligheid ifv. Art. 30.
- Afvalcontainers
- Kranen + andere heftoestellen: Een inplantingsplan dient aangeleverd te worden, evenals een rekennota van de kraanfundering en de technische fiche van de torenkranen. (indien van toepassing)
- Belangrijke installaties en machines
- Stockage van gevaarlijke producten
- EHBO + verbanddoos + draagberrie: dienen aanwezig te zijn in het werflokaal
- Brandblusapparaten.”

Het uitdrukkelijk vermelden van dit plan in het bestek wijst op het essentieel karakter ervan, wat moest leiden tot het substantieel onregelmatig verklaren van de offertes van de nv Swinnen en de nv Cogama.

4.4. Bij het tweede middelonderdeel, dat in ondergeschikte orde is geformuleerd, merkt de verzoekende partij op dat, mocht de onregelmatigheid niet essentieel zijn, de verwerende partij er dan een verkeerd gevolg heeft aangekoppeld. Wanneer een offerte relatief nietig is, betekent dit dat “de aanbestedende overheid de mogelijkheid heeft om aan de betrokken inschrijver de kans te geven om de onregelmatigheid te remediëren”. Dergelijk remediëren van de offerte moet gebeuren voordat de offertes van alle inschrijvers met elkaar worden vergeleken “omdat de keuze van de aannemer anders afhankelijk wordt gesteld van een element dat onbekend is of eerst tijdens de uitvoering van de opdracht kan worden bepaald”. Dit is hier niet gebeurd. “Uit het verslag van nazicht blijkt immers dat de mogelijkheid wordt opengelaten om de bedoelde stukken in een later stadium nog op te vragen. In de gunningsbeslissing zelf wordt geen enkele melding gemaakt van de aanwezigheid van deze essentiële stukken.”

4.5. Wat het derde middelonderdeel betreft, wijst de verzoekende partij erop dat de bestreden beslissing hoe dan ook niet afdoende is gemotiveerd

en afbreuk doet aan de vereiste zorgvuldigheid. Uit het verslag van nazicht blijkt immers dat er meerdere stukken, naast de twee vermelde, ontbreken bij de kwestieuze offertes, het woord “zoals” wijst hierop.

5.1. De verwerende partij merkt, wat het eerste middelonderdeel betreft, in haar memorie van antwoord op dat de verzoekende partij geen opmerkingen heeft gemaakt over het al dan niet bijgevoegd zijn van de afzonderlijke prijsberekening waarvan sprake in artikel 30, tweede lid, 2°, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001; de verzoekende partij spitst volgens de verwerende partij haar middelonderdeel toe op artikel 30, tweede lid, 1°.

Voorts laat de verwerende partij gelden dat wat de twee documenten betreft waar in het gunningsverslag wordt naar verwezen als ontbrekend, de verzoekende partij geen middel ontwikkelt nopens “de planning en opmerkingen op uitvoeringstermijn” en dit enkel doet ten aanzien van “het werfinrichtingsplan”.

Wat dit inrichtingsplan betreft, waarvan de verzoekende partij wel stelt dat het om een essentieel document gaat, merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij dit essentieel karakter niet bewijst; de door de verzoekende partij geciteerde passage uit het bestek toont dit karakter niet aan. Overigens, zo argumenteert de verwerende partij nader, is dit plan geen essentieel document; uit het bestek moet worden afgeleid dat het document bedoeld onder artikel 30, tweede lid, 1°, een risicoanalyse is; in het bestek wordt immers vermeld dat de inschrijver “de documenten zoals bepaald in art 30 van het KB 25/01/2001 en addenda, toe[voegt] aan zijn inschrijving” en onder die documenten wordt expliciet begrepen het document risicoanalyse en de afzonderlijke prijsberekening. In het document “Veiligheidscoördinatie ontwerpfase. Definitief ontwerp dd 27/11/2015 Renovatie sporthal ‘fase 1’. Aanbestedingsdossier” worden als bij de inschrijving te voegen documenten onderscheiden van elkaar vermeld: de risicoanalyse en het werfinrichtingsplan.

Hieruit besluit de verwerende partij dat dit plan geen deel uitmaakt van het document bedoeld in artikel 30, tweede lid, 1°.

Voorts wijst de verwerende partij erop dat dit plan niet meer is dan een loutere schets waarop de verwerende partij zelf reeds meerdere aanduidingen heeft aangebracht en de inschrijvers toevoegingen konden doen; de verzoekende partij heeft zelf overigens slechts een werflokaal en een zone voor verticaal transport op het plan van de verwerende partij aangebracht, en dit op een uiterst rudimentaire wijze.

Zij besluit dat het “werfinrichtingsplan [...] nergens in het bestek [werd] voorgeschreven als bij de offerte te voegen op straffe van nietigheid, noch wordt het als te voegen document opgenomen in artikel 30 KB TMB, zodat verwerende partij dan ook de offertes van Cogama en Swinnen niet substantieel onregelmatig mocht verklaren”.

5.2. Wat het tweede middelonderdeel betreft, wijst de verwerende partij op een tegenstrijdigheid in het verzoekschrift; de verzoekende partij beweert dat indien de ontbrekende documenten niet essentieel zouden zijn, de offertes nog steeds als relatief onregelmatig zouden moeten worden beschouwd, enerzijds, en zij beroept zich op de Omzendbrief waarin wordt vermeld dat onvolledigheid op niet-essentiële punten betekent dat de offerte in principe regelmatig is, anderzijds. De verzoekende partij die zich steunt op de Omzendbrief, mag dan ook niet ernstig beweren dat het niet voegen van niet-essentiële documenten de relatieve nietigheid tot gevolg zou moeten hebben.

Voorts wijst de verwerende partij erop dat een relatieve onregelmatigheid kan worden aanvaard en een zogenaamde remediëring niet noodzakelijk is.

Ten slotte merkt zij op dat de nv Swinnen, vooraleer de gunningsbeslissing werd genomen, een globale planning heeft overgemaakt en,

wat het werfinrichtingsplan betreft, opmerkt dat dergelijk plan bij het bestek is gevoegd.

5.3. Wat het derde middelonderdeel betreft, stelt de verwerende partij dat er slechts twee documenten ontbraken bij de bewuste offertes, namelijk “planning en opmerkingen op uitvoeringstermijn” en “het werfinrichtingsplan”. De keuze van het woord “zoals” is ongelukkig. Het onderdeel gaat dan ook uit van een foutief uitgangspunt.

6.1. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij, wat het eerste middelonderdeel betreft, dat het werfinrichtingsplan wel een essentieel document is in het licht van artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 dat volgens het bestek verplicht diende te worden gevoegd bij de offerte. De verzoekende partij erkent dat haar middel enkel is geaxeerd op het werfinrichtingsplan. De opmerking dat de toevoegingen van de verzoekende partij op dit plan slechts rudimentair zijn, is irrelevant. Ten slotte wijst zij erop dat de verwerende partij het plan wel degelijk heeft opgevraagd bij de gekozen inschrijver – hiermee zou de verwerende partij erkennen dat het een essentieel stuk is – doch dat deze blijkbaar slechts een voorlopig plan heeft bezorgd en de verwerende partij dan ook niet “kon afleiden of de veiligheids- en gezondheidsplannen konden worden nageleefd”.

6.2. Wat het tweede middelonderdeel betreft, wijst de verzoekende partij erop dat zij niet inziet “waarom een aanbestedende overheid niet zou kunnen oordelen dat het ontbreken van een niet-essentieel stuk in de zin van artikel 30 van het KB (zoals geïnterpreteerd in de omzendbrief) een substantiële onregelmatigheid kan uitmaken in de zin van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006”. De gekozen inschrijver heeft slechts een voorlopig plan bijgebracht; een definitief plan was van doen zodat er moet worden besloten dat op het ogenblik van de gunning er geen plan was.

6.3. Wat het derde middelonderdeel betreft, wijst de verzoekende partij erop dat de Raad van State zelf zal moeten nagaan of er hier sprake is van nog andere documenten die ontbreken dan deze vermeld in het nazichtsverslag, aangezien zij geen inzage heeft van de offerte van de nv Swinnen.

6.4. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat het feit dat haar werfinrichtingsplan misschien laag zou scoren inzake kwaliteit, niet betekent dat het niet om een essentieel stuk zou gaan. Ook wijst zij er nogmaals op dat de gekozen inschrijver blijkbaar geen definitief plan heeft ingediend vooraleer de opdracht aan hem werd gegund.

6.5. In haar laatste memorie wijst de verwerende partij er onder meer op dat de nv Swinnen niet slechts een “voorlopig” plan heeft ingediend; “de aanduiding ‘voorlopig’ in de e-mail heeft enkel betrekking op de planning, niet het werfinrichtingsplan”.

Beoordeling

7.1. Wat het eerste middelonderdeel betreft, stelt de Raad van State vast dat het niet-bijvoegen van het werfinrichtingsplan terecht door de verwerende partij mocht worden beschouwd als een niet-essentiële tekortkoming.

Weliswaar wordt in het bestek gevraagd het werfinrichtingsplan bij de offerte te voegen, doch uit de door de verwerende partij ingeroepen besteksbepalingen mag worden afgeleid dat in het bestek het de risicoanalyse is die als essentieel document bedoeld in artikel 30, tweede lid, 1°, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 diende te worden beschouwd en niet het werfinrichtingsplan dat geen deel uitmaakt van die analyse. De verzoekende partij toont ook geen andere reden aan waarom dit plan te dezen een essentieel document met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan zou zijn.

Voorts heeft de verwerende partij zelf een werfinrichtingsplan in grote lijnen opgesteld en bij de door de inschrijvers in te vullen offerte-formulieren gevoegd, waarbij inschrijvers toevoegingen konden doen, hetgeen door de verzoekende partij bij het indienen van haar offerte minimaal en rudimentair werd gedaan.

Het middelonderdeel wordt verworpen.

7.2. Wat het tweede middelonderdeel, zoals geformuleerd in het verzoekschrift en dit in ondergeschikt orde, betreft, namelijk het feit dat het plan niet is bijgebracht vooraleer de offertes met elkaar werden vergeleken, moet worden vastgesteld dat in het auditorsverslag wordt opgemerkt dat er geen sprake is van een relatieve onregelmatigheid; de verzoekende partij heeft hier geen specifieke repliek op in haar laatste memorie.

Voorts moet worden opgemerkt, zoals ook bij het eerste middelonderdeel overwogen, dat de verwerende partij zelf een werfinrichtingsplan heeft opgesteld; de verzoekende partij toont, in het licht van wat zijzelf dienomtrent in haar offerte heeft bijgebracht, niet aan dat dit niet voldoende is om rechtmatig de opdracht te gunnen.

Het middelonderdeel wordt verworpen.

7.3. Wat het derde middelonderdeel betreft, wordt in het auditorsverslag het volgende opgemerkt: “Dit onderdeel gebaseerd op het gebruik van het woord ‘zoals’ faalt in feite: er ontbreken geen andere documenten dan vermeld in het verslag van nazicht.” De Raad valt deze zienswijze, die overigens geen repliek vindt in de laatste memorie van de verzoekende partij, bij.

Het middelonderdeel wordt verworpen.

7.4. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

8.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 24, eerste lid, van wet van 15 juni 2006, artikelen 51, § 2, 82 en 95 van het koninklijk besluit Plaatsing en van het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Zij betoogt:

“Doordat de offertes van de inschrijvers Swinnen en Cogama niet door de daartoe bevoegde personen zijn ondertekend;
Terwijl artikel 51, §2 en 82 van het KB Plaatsing voorschrijven dat een offerte wordt ondertekend door de daartoe bevoegde persoon of zijn gemachtigde en artikel 95 KB Plaatsing voorschrijft dat een offerte die niet correct is ondertekend als substantieel onregelmatig moet worden geweerd.”

De verzoekende partij stelt vooralsnog geen inzage te hebben in de offertes van de andere inschrijvers “zodat zij zelf niet kan verifiëren of de betreffende offertes door de daartoe statutair aangestelde persoon zijn ondertekend”. Zij nodigt de Raad uit dit te doen. Indien de Raad vaststelt dat de ondertekening niet in orde is, dienen de offertes te worden geweerd als substantieel onregelmatig.

8.2. De verwerende partij merkt op dat het middel onontvankelijk is. De verzoekende partij komt tekort aan haar stelplicht en schuift het onderzoek naar de Raad af. De verzoekende partij had aan de hand van het proces-verbaal van opening van de offertes zicht op wie de offertes had ondertekend maar heeft nagelaten met deze gegevens aan de slag te gaan.

Voorts merkt zij geargumenteed op dat het middel ongegrond is.

8.3. De verzoekende partij betwist de exceptie van de onontvankelijkheid van het middel; niet het proces-verbaal van opening is volgens haar bepalend maar de handtekening op de offerte zelf.

Ten gronde merkt zij op dat de Raad zal moeten nagaan of de offerte van de nv Swinnen wel degelijk is ondertekend door Jan Swinnen en de offerte van de nv Cogama door Laura Wuyts, en of zij hun hoedanigheid hierbij hebben vermeld.

Voorts wijst zij erop dat de raad van bestuur in beginsel bevoegd is om een offerte te ondertekenen en niet een gedelegeerd bestuurder. Te dezen is de offerte van de nv Cogama ondertekend door haar gedelegeerd bestuurder wat onvoldoende is. De offerte van de nv Swinnen is ook ondertekend door haar gedelegeerd bestuurder, de bvba Swinnen Holding, die volgens de verwerende partij handtekeningbevoegdheid zou hebben; de statuten van de nv Swinnen die deze bevoegdheid zouden aantonen, dateren echter van na de offerte.

8.4. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij op dat zij bij de redactie van haar middel niet wist wie de offertes had ondertekend. De bewering dat zij dan ook een volstrekt theoretisch middel heeft geopperd, kan haar niet worden tegengeworpen. Het middel is ontvankelijk.

Ten gronde merkt de verzoekende partij op dat zij uit de bespreking van het middel in het auditoraatsverslag niet kan opmaken of de hoedanigheid van de ondertekenaar bij de offerte van de nv Swinnen is vermeld. Artikel 62 van het Wetboek Vennootschappen bepaalt dat bij de handtekening van diegene die de vennootschap vertegenwoordigt, moet worden vermeld in welke hoedanigheid hij tekent. Te dezen zou uit de offerte van de nv Swinnen

moeten blijken dat die is ondertekend door de gedelegeerd bestuurder, namelijk de bvba Swinnen Holding, en dat de bvba Swinnen Holding als gedelegeerd bestuurder van de nv Swinnen is vertegenwoordigd door haar vaste vertegenwoordiger Jan Swinnen. “Indien de offerte niet op deze manier is ondertekend, is zij niet rechtsgeldig ondertekend overeenkomstig de statuten van de nv Swinnen.”

8.5. De verwerende partij blijft er in haar laatste memorie bij dat het middel niet ontvankelijk is; de verzoekende partij had aan de hand van het proces-verbaal van opening der offertes de namen kunnen kennen.

Wat de grond van de zaak betreft, wijst de verwerende partij erop dat er van een onduidelijkheid met betrekking tot de hoedanigheid van de ondertekening van de offerte van de nv Swinnen geen sprake kan zijn; de offerte is ondertekend door Jan Swinnen, afgevaardigd bestuurder; tevens bevat de offerte een verklaring van eer ondertekend door Jan Swinnen, vaste vertegenwoordiger van de bvba Swinnen Holding optredend als gedelegeerd bestuurder van de nv Swinnen; ook bevat de offerte de akte van herbenoeming van de bestuurders en gedelegeerd bestuurders van 4 februari 2014 waaruit blijkt dat de bvba Swinnen Holding met als vaste vertegenwoordiger Jan Swinnen wordt benoemd tot bestuurder en gedelegeerd bestuurder.

Beoordeling

9.1. Artikel 2, § 1, 3°, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, bepaalt dat het verzoekschrift “een uiteenzetting van de feiten en de middelen” bevat. Onder middel in de zin van deze bepaling dient te worden verstaan een omschrijving van de geschonden geachte rechtsregel en van de wijze waarop die rechtsregel volgens de verzoekende partij is geschonden.

Te dezen heeft de verzoekende partij nagelaten de haar bij de redactie van haar verzoekschrift bekende elementen inzake wie de offertes had ondertekend en wie ze volgens haar diende te ondertekenen, in haar uiteenzetting bij het verzoekschrift te betrekken. Zoals geformuleerd in haar verzoekschrift is het middel – “de offertes van de inschrijvers Swinnen en Cogatama [zijn] niet door de daartoe bevoegde personen [...] ondertekend” – een hypothetisch middel zonder een enkele concrete link naar de kwestieuze casus. Zoals initieel ingediend is het middel niet ontvankelijk.

Na kennisname van het administratief dossier en de memorie van antwoord mag een verzoekende partij nieuwe grieven ontwikkelen op grond van informatie haar voordien niet bekend. In die zin zal de problematiek hierna worden beoordeeld.

9.2. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het betwisten inzake het ondertekenen van de offerte van de nv Swinnen of die van de nv Cogama wanneer vaststaat dat er een rechtsgeldige ondertekening van de offerte is bij een van de beiden. De offerte van de verzoekende partij is immers na de offertes van de beide andere inschrijvers gerangschikt.

Zoals hierna zal blijken heeft de verwerende partij terecht de offerte van de nv Swinnen als rechtsgeldig beoordeeld zodat de rechtsgeldigheid van de offerte van de nv Cogama irrelevant is voor de beslechting van het middel.

9.3. De offerte van de nv Swinnen is ondertekend door Jan Swinnen. De hierbij gevoegde verklaring van eer is evenzeer ondertekend door Jan Swinnen, vaste vertegenwoordiger van de bvba Swinnen Holding optredend als gedelegeerd bestuurder van de nv Swinnen. Voor de verwerende partij was het in die omstandigheden duidelijk dat de offerte van de nv Swinnen was ondertekend door de bvba Swinnen Holding als gedelegeerd bestuurder van de nv Swinnen en waren de hoedanigheden van de een en de ander apert.

Ook bevat de offerte van de nv Swinnen de akte van herbenoeming van de bestuurders en de gedelegeerd bestuurders van 4 februari 2014 waaruit blijkt dat de bvba Swinnen Holding met als vaste vertegenwoordiger Jan Swinnen wordt benoemd tot bestuurder en gedelegeerd bestuurder.

Ten slotte blijkt uit artikel 27 van de statuten van de nv Swinnen dat een gedelegeerd bestuurder alleen handelend bevoegd is om de nv Swinnen te vertegenwoordigen in en buiten rechte in alle rechtshandelingen en akten met inbegrip van die akte die de tussenkomst vereisen van een staatsambtenaar of een openbaar ambtenaar. De bvba Swinnen Holding was dan ook bevoegd om de offerte te ondertekenen.

9.4. Het middel wordt verworpen.

V. Besluit en kosten

9.5. Geen van de beide middelen is gegrond zodat het beroep moet worden verworpen.

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

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