

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.529 van 20 september 2021
in de zaak A. 234.412/XII-9125**

In zake: de NV TRIGION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen en Jarien Bloemen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BV T&D SECURITY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Mosselmans en Daniel Cortez Cazas
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 augustus 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van 12 augustus 2021 van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Gent waarbij werd besloten om de offerte van de [nv Trigion] substantieel onregelmatig te verklaren en zodoende [de nv Trigion] te weren van verdere deelname aan de overheidsopdrachtenprocedure en waarbij

werd besloten om tot gunning van de opdracht aan de onderneming T&D Security over te gaan”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift heeft de bv T&D Security gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 september 2021, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Thomas Christiaens en Jarien Bloemen, die *loco* advocaat Wouter Moonen verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Jens Mosselmans en Daniel Cortez Cazas, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Frederick Ongena, daartoe gemachtigd bij beslissing van 14 januari 2020 van de auditeur-generaal, 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 bij openbare procedure een overheidsopdracht van diensten uit met als voorwerp het uitvoeren van parkeercontroles.

Het bestek ‘Uitvoeren van parkeercontroles in Gent – MB 01/2021’ is van toepassing.

De duurtijd van de opdracht is twee jaar.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 7 mei 2021 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 12 mei 2021.

3.2. In het bestek wordt onder meer vermeld:

“De elektronische handtekening moet uitgaan van de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd is of zijn om de inschrijver te verbinden. Indien het indieningsrapport wordt ondertekend door een gemachtigde, vermeldt hij duidelijk zijn volmachtgever(s).”

De drie gunningscriteria zijn de prijs op 50 punten, de kwaliteit op 40 punten en de efficiëntie op 10 punten.

3.3. Er worden twee offertes ingediend, namelijk door de verzoekende partij en de tussenkomende partij.

3.4. Op 27 juli 2021 wordt een verslag van nazicht opgesteld. Hierin wordt de offerte van de verzoekende partij geweerd omdat zij het UEA niet bij haar offerte had gevoegd.

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bv T&D Security met een puntentotaal van 82 op 100.

3.5. Op 12 augustus 2021 keurt de verwerende partij het verslag van nazicht goed en gunt zij de opdracht aan de tussenkomen de partij voor de prijs van 4.361.796 euro, btw niet inbegrepen, of 5.277.773 euro, btw inbegrepen.

IV. Tussenkoms t

4. De bv T&D Security blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Haar verzoek tot tussenkoms t wordt ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. De verzoekende partij dient een pleitnota in.

De hier toepasselijke procedureregeling voorziet niet in een dergelijk stuk. Het wordt dan ook slechts in aanmerking genomen in de mate dat het de neerslag vormt van de door de verzoekende partij ter terechtzitting gegeven toelichting.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6.1. De verwerende partij en de tussenkomen de partij werpen op dat de verzoekende partij geen middel aanvoert tegen de bestreden beslissing in de mate dat haar offerte wordt geweerd wegens substantiële onregelmatigheid en dat de vordering in die mate dan ook onontvankelijk is.

Hieruit leiden zij voorts af dat, aangezien de verzoekende partij niet betwist dat haar offerte diende te worden geweerd, de verzoekende partij geen belang heeft om de beslissing tot gunning van de opdracht aan de tussenkomen de partij in rechte aan te vechten.

Beoordeling

6.2. De verzoekende partij vecht de onregelmatigverklaring van haar offerte niet aan. In de mate dat de verzoekende partij al de bedoeling zou hebben dat dit deel van de bestreden beslissing expliciet wordt geschorst in zijn tenuitvoerlegging, worden de verwerende partij en de tussenkommende partij bijgevalen in hun standpunt dat de vordering op dit punt niet ontvankelijk is bij gebrek aan middelen gericht tegen deze onregelmatigverklaring.

Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat de vordering eveneens niet ontvankelijk zou zijn ten opzichte van de gunning van de opdracht aan de tussenkommende partij. Aangezien er slechts twee inschrijvers zijn en de twee middelen de gunning aan de tussenkommende partij bekritisieren in de mate dat de offerte van de tussenkommende partij niet geldig is ondertekend en dus moest worden geweerd (eerste middel) en deze offerte niet werd onderzocht op abnormale prijzen wat aanleiding kan geven tot het weren van de offerte (tweede middel), kan het ernstig en gegrond bevinden van deze middelen ertoe leiden dat aan geen enkele van de inschrijvers de opdracht mocht worden gegund. De verzoekende partij heeft aldus belang bij haar vordering tegen de gunningsbeslissing.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met artikel 15 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing, die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: overheidsopdrachtenwet) en het gelijkheidsbeginsel, van artikel 51, § 2, van het koninklijk besluit 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing) en van het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Zij vat haar middel samen als volgt:

“25. Doordat de offerte van de gekozen inschrijver niet door de daartoe bevoegde personen werd ondertekend;
26. Terwijl artikel 44 van het KB Plaatsing voorschrijft dat een offerte wordt ondertekend door de daartoe bevoegde persoon of zijn gemachtigde;
27. En terwijl de gelijkheid der inschrijvers veronderstelt dat enkel offertes die rechtsgeldig zijn ondertekend in vergelijking kunnen worden gesteld met elkaar;
28. En terwijl artikel 76 KB Plaatsing voorschrijft dat het ontbreken van een rechtsgeldige handtekening de offerte substantieel onregelmatig maakt en derhalve absoluut nietig is.”

In de toelichting bij het middel lijkt de verzoekende partij de schending aan te voeren van voormeld artikel 4 van de overheidsopdrachtenwet, de artikelen 44 en 76 van het koninklijk besluit plaatsing (en niet artikel 51) en van de genoemde beginselen.

Zij betoogt dat zij op grond van het indieningsrapport vaststelt dat de offerte van de tussenkomen partij is ondertekend door M.M. die volgens de gegevens van de Kruispuntbank der Ondernemingen zaakvoerder is van de

comm.v. MHM Consulting die op haar beurt zaakvoerder is van de tussenkomende partij.

Uit de statuten van de tussenkomende partij leidt de verzoekende partij af dat een offerte namens de tussenkomende partij mag worden ondertekend door een zaakvoerder alleen “maar enkel in zoverre de verbintenis beperkt is tot een waarde van €2.500,00. Is de waarde van de verbintenis hoger, dan is de goedkeuring vereist van het college van zaakvoerders”.

In casu is dus volgens de verzoekende partij een beslissing van het college van zaakvoerders vereist. Voorts zal die collegebeslissing de hoedanigheid van M.M. dienen te vermelden. Als blijkt dat niet aan deze voorwaarden is voldaan, is de offerte niet regelmatig ondertekend en dient ze te worden geweerd als substantieel onregelmatig.

De verzoekende partij betoogt voorts dat zij, vooraleer haar vordering in te dienen, de verwerende partij heeft bevestigd. Hierbij heeft de verwerende partij geantwoord dat de tussenkomende partij twee zaakvoerders heeft, namelijk de comm. v. Res Nova met vaste vertegenwoordiger D.J. en de comm. v. MHM Consulting met vaste vertegenwoordiger M.M. en dat de offerte van de tussenkomende partij een document bevat “waarin [D.J.] aan [M.M.] de volmacht geeft om de offerte voor deze opdracht te ondertekenen”.

De verzoekende partij leidt uit dit antwoord af dat er in weerwil van de statuten van de tussenkomende partij geen collegebeslissing voorligt en dat niet het college maar D.J. individueel een volmacht heeft gegeven aan M.M. Aldus ligt er volgens de verzoekende partij geen regelmatig ondertekende offerte voor.

Na kennisname van de nota van de verwerende partij waarin wordt betoogd dat de offerte mocht worden ondertekend door één zaakvoerder op grond van de statuten van de tussenkomende partij en van artikel 5:73 van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen (hierna: WVV) en dat er geen nood was aan een collegebeslissing of volmacht, merkt de verzoekende partij ter

terechtzinging onder meer op dat er onduidelijkheid blijft over de hoedanigheid waarin M.M. de offerte van de tussenkomende partij heeft ondertekend.

Voorts mag de verwerende partij zich volgens de verzoekende partij niet beroepen op artikel 5:73, § 2, tweede lid, WVV waarin wordt vermeld dat een beperking van de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder niet tegenstelbaar is aan derden. Deze niet-tegenstelbaarheid is volgens de verzoekende partij “ingegeven vanuit de bedoeling om derden te beschermen tegen eventuele statutaire bevoegdheidsbeperkingen van de bestuurder. M.a.w. mag een derde niet worden benadeeld door de statutaire bevoegdheidsbeperking”. In casu echter wordt de verzoekende partij als derde wel benadeeld door de handelwijze van de tussenkomende partij. De onregelmatige offerte van de tussenkomende partij wordt immers gekozen voor de opdracht. Voorts wijst de verzoekende partij erop dat uit het zorgvuldigheidsbeginsel samen genomen met de artikelen 44 en 76 van het koninklijk besluit plaatsing moet worden afgeleid dat de verwerende partij een zorgvuldig onderzoek dient te voeren naar de ondertekeningsbevoegdheid van de tussenkomende partij. Hierbij moet de verwerende partij vaststellen dat het optreden van één bestuurder beperkt is tot het aangaan van een verbintenis tot 2.500 euro, wat hier niet het geval is. “De niet-tegenstelbaarheid van deze beperking aan derden betekent niet [zo vervolgt de verzoekende partij] dat deze bevoegdheidsbeperking niet kan worden tegengesteld aan de tussenkomende partij zelf”. “De verwerende partij had deze bevoegdheidsbeperking moeten opmerken en moeten tegenstellen aan de tussenkomende partij”.

Beoordeling

8.2.1. In de statuten van de tussenkomende partij is het volgende opgenomen:

“Elke zaakvoerder kan, overeenkomstig artikel 257 van het Wetboek van Vennootschappen, alleen alle handelingen verrichten die nodig of dienstig zijn voor het bereiken van het doel van de vennootschap, behoudens die welke de wet aan de algemene vergadering voorbehoudt, en iedere

zaakvoerder vertegenwoordigt individueel de vennootschap jegens derden en in rechte als eiser of verweerder, maar enkel voor zover deze verbintenis of dit optreden het bedrag van tweeduizend vijfhonderd (2.500,00) euro niet overschrijdt.

Alle verrichtingen welke een grotere waarde dan tweeduizend vijfhonderd (2.500,00) euro vertegenwoordigen dienen voorafgaandelijk te worden goedgekeurd door het college van zaakvoerder[s] met een twee derde meerderheid.

De zaakvoerders hebben het recht voor bepaalde handelingen of functies volmacht te geven aan één of meer van hen of aan een derde met het recht om afzonderlijk op te treden.”

Artikel 257, derde lid, Wetboek van Vennootschappen lijkt te zijn vervangen door artikel 5:73, § 2, WVV dat luidt:

“§ 2. Elke bestuurder, of, ingeval van een collegiaal bestuursorgaan, het bestuursorgaan, vertegenwoordigt de vennootschap jegens derden, met inbegrip van de vertegenwoordiging in rechte. De statuten kunnen evenwel aan één of meer bestuurders de bevoegdheid verlenen om de vennootschap alleen of gezamenlijk te vertegenwoordigen. Zodanige vertegenwoordigingsclausule kan aan derden worden tegengeworpen onder de voorwaarden bepaald in artikel 2:18.

De statuten kunnen aan deze vertegenwoordigingsbevoegdheid beperkingen aanbrengen. Zodanige beperkingen kunnen niet aan derden worden tegengeworpen, ook al zijn ze openbaar gemaakt. Hetzelfde geldt voor een onderlinge taakverdeling onder de vertegenwoordigingsbevoegde bestuurders.”

In de notulen van de algemene vergadering van de tussenkomende partij van 20 december 2018 – bekendgemaakt in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad van 21 maart 2019 – is vermeld dat de tussenkomende partij twee zaakvoerders heeft, namelijk de comm.v. Res Nova met vaste vertegenwoordiger D.J en de comm.v. MHM Consulting vertegenwoordigd door M.M.

8.2.2. Uit de vertrouwelijk neergelegde offerte blijkt dat deze enkel is ondertekend door M.M.

Voorts blijkt uit verscheidene documenten gevoegd bij die offerte dat M.M. vaste vertegenwoordiger is van de zaakvoerder de comm.v. MHM Consulting zodat, zo lijkt, er bij de aanbestedende overheid, gegeven deze context, geen twijfel kon over bestaan dat M.M. bij de ondertekening van de offerte optrad als vaste vertegenwoordiger van één van de twee zaakvoerders, namelijk de comm.v. MHM Consulting.

Uit de statuten, die op dit punt niet onmiskenbaar lijken, samen genomen met artikel 5:73, § 2, tweede lid, WVV lijkt te mogen worden afgeleid, zoals de verwerende partij doet, dat de beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van één zaakvoerder tot 2.500 euro niet aan een derde kan worden tegengeworpen. De door de statuten vereiste goedkeuring van het college van zaakvoerders, die te dezen dan zou moeten bestaan uit twee zaakvoerders, voor alle verrichtingen boven de 2.500 euro, lijkt op het eerste gezicht slechts een internvennootschappelijke “beperking” te zijn die “niet aan derden [kan] worden tegengeworpen, ook al [...] [is] ze openbaar gemaakt”. Dat deze beperking niet kan worden tegengeworpen aan de aanbestedende overheid lijkt te betekenen dat er zich schijnbaar geen probleem kan stellen naar de gehoudenheid van de inschrijver zodat, zo lijkt, een aanbestedende overheid, vanuit de zorgvuldigheidsplicht, er niet toe zou zijn gehouden nader onderzoek te doen naar de goedkeuring bij collegebeslissing zoals de verzoekende partij aanvoert. Dat de verzoekende partij zichzelf ziet als een benadeelde derde, lijkt op het eerste gezicht geen impact te hebben op de zorgvuldigheidsplicht van de aanbestedende overheid als de rechtstreeks betrokken derde aangezien het de gehoudenheid van de tussenkomen partij tegenover de aanbestedende overheid intact lijkt te laten.

Zoals opgemerkt lijken de statuten echter onvoldoende apert om hierover thans reeds volledig uitsluitel te brengen.

Er mag echter worden vastgesteld dat – zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat de beperking ad 2.500 euro geldt – de offerte een volmacht bevat van D.J., vast vertegenwoordiger van de ene zaakvoerder, aan

M.M., vast vertegenwoordiger van de andere zaakvoerder, om “het bedrijf te verbinden voor ihk van onderhavige offerte”.

Hieruit lijkt te mogen worden afgeleid dat wanneer de ene zaakvoerder goedkeuring heeft gegeven aan de andere zaakvoerder om de offerte te ondertekenen, wat die laatste doet, het college voorafgaand goedkeuring heeft verleend, minstens dat de ene zaakvoerder volmacht of uitdrukkelijke goedkeuring heeft gegeven aan de andere zaakvoerder, zodat, zo lijkt, op het eerste gezicht, de verwerende partij mocht aannemen dat er zich geen probleem inzake gehoudenheid van de tussenkommende partij stelde.

8.2.3. De schending van de door de verzoekende partij ingeroepen bepalingen en beginselen is niet aangetoond.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing, van artikel 7 van de overheidsopdrachtenwet, van de CAO van 23 maart 2017 gesloten in paritair comité 317, van de formele motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Zij vat haar middel samen als volgt:

“51. Doordat er een substantieel verschil is in de prijszetting van de gekozen inschrijver en de verzoekende partij;
52. En doordat noch in het gunningsverslag, noch in de gunningsbeslissing enig spoor terug te vinden is van een prijzen- of kostenonderzoek;
53. Terwijl uit artikel 35 en 36 KB Plaatsing volgt dat de verwerende partij steeds verplicht is om te onderzoeken of de offerteprijzen en eenheidsprijzen normaal lijken;

54. En terwijl op grond van de formele motiveringsplicht in de gunningsbeslissing de motieven moeten worden weergegeven op basis waarvan de verwerende partij het prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd en waarom zij tot de bevinding is gekomen dat er geen abnormale lage prijzen zijn;
55. En terwijl uit de collectieve arbeidsovereenkomst van 23 maart 2017 volgt dat er een verplichte overname is van het betrokken personeel en daarbij horende arbeidsvoorwaarden bij de overgang van een commercieel contract naar een nieuwe onderneming.”

In de toelichting wijst de verzoekende partij op het feit dat er een “significant” prijsverschil is tussen de door haar aangeboden prijs en die van de tussenkomende partij die 700.000 euro meer vraagt, wat een verschil is van 26 %. “De verzoekende partij moet vaststellen dat een dergelijk substantieel verschil in prijszetting in een arbeidsintensieve sector zoals de bewakingssector zoals in casu onwaarschijnlijk is en bovendien een indicatie betreft van een abnormale prijszetting”. Voorts blijkt volgens de verzoekende partij het onderzoek naar abnormale prijzen niet uit de bestreden beslissing of het verslag van nazicht. Zij wijst er ook op dat de marge inzake prijsvorming in de sector van de bewakingsdiensten bijzondere kenmerken vertoont, namelijk de bindende sectorale bepalingen met betrekking tot de loonsvoorwaarden en de CAO van 23 maart 2017 inzake de overname van personeel ingevolge de overgang van een commercieel contract afgesloten in paritair comité 317. Aangezien bij een opdracht zoals hier vooral de loonkosten bepalend zijn voor de prijs, had de verwerende partij nader onderzoek moeten verrichten naar het significant prijsverschil tussen de beide inschrijvers.

Beoordeling

9.2. De verzoekende partij meent dat er een prijsverschil is tussen haar offerte en die van de tussenkomende partij van meer dan 700.000 euro, dit is 26 %.

De verwerende partij merkt op dat dit onjuist is omdat de verzoekende partij bij het offertebedrag van de tussenkomende partij de btw niet

rekent terwijl zij dit bij haar offertebedrag wel doet, zodat het verschil slechts 11 % bedraagt. Ter terechtzitting weerspreekt de verzoekende partij dit niet.

Er dient inderdaad te worden vastgesteld dat het verschil 11 % uitmaakt. Deze vaststelling straalt af op de ernst van het middel.

In die omstandigheden wordt het middel niet ernstig bevonden op grond van de volgende overwegingen.

De bestreden beslissing vermeldt, wat de regelmatigheid van de prijzen betreft, dat de prijzen van de tussenkomende partij “ok” zijn. Aldus mag worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet kan worden gevolgd wanneer zij stelt dat de bestreden beslissing geen enkel spoor bevat naar het kosten- of prijzenonderzoek. De verzoekende partij toont ook geen onzorgvuldigheid bij dit onderzoek aan.

Ook mag worden opgemerkt dat wanneer geen bijzondere problemen lijken te rijzen bij dit onderzoek, onder meer gelet op het niet aangetoonde “significante” prijsverschil, de formele motiveringsplicht niet lijkt te vereisen dat het onderzoek uitgebreid aan bod komt in het nazichtsverslag of de bestreden beslissing.

Het middel is niet ernstig.

IX. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv T&D Security tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwierpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twintig september tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra