

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 249.726 van 5 februari 2021**

**in de zaak A. 232.625/XII-9.025**

In zake: de NV STADSBADER  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Bettina Poelemans  
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem  
Kortrijksesteenweg 1144/G  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV DE VLAAMSE WATERWEG  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys  
kantoor houdend te 9000 Gent  
Coupure Rechts 162  
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV ARTES DEPRET
2. de NV AGIDENS INFRA AUTOMATION
3. de NV VICTOR BUYCK STEEL CONSTRUCTION,  
samen vormend een tm  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten David D’Hooghe, Jan Bogaert en  
Alexandre Peytchev  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Loksumstraat 25  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 4 januari 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing

van De Vlaamse Waterweg nv van onbekende datum, waarbij wordt beslist om de overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘Kanaal Gent – Terneuzen te Gent. Herbouw van de Meulestedebrug en omgevingsaanleg’ te gunnen aan tm Artes Depret nv – Agidens Infra Automation nv – Victor Buyck Steel Construction nv als diegene die de economisch meest voordelige regelmatige offerte heeft ingediend, en waarbij ook wordt beslist om de offerte van de nv Stadsbader substantieel onregelmatig te verklaren wegens abnormale prijs, in toepassing van artikel 36 KB Plaatsing, alsook wordt beslist dat er op basis van het UEA al zeker twijfel is of nv Stadsbader aan de selectievoorwaarden inzake technische en beroepsbekwaamheid voldoet”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 18 januari 2021 hebben de nv Artes Depret, de nv Agidens Infra Automation en de nv Victor Buyck Steel Construction, samen vormend een tm, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 januari 2021, om 14.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Antoon Erauw, die *loco* advocaat Bettina Poelemans verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Rebecca Denys, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten David D’Hooghe, Jan Bogaert en Gregory Van Ostade, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 nv De Vlaamse Waterweg, afdeling Regio West, schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “Kanaal Gent- Terneuzen te Gent. Herbouw Meulestedebrug en omgevingsaanleg”:

Het bestek omschrijft de opdracht als volgt:

“De Meulestedebrug is een beweegbare brug over het Kanaal Gent-Terneuzen. De brug maakt deel uit van de gewestweg N456 die momenteel één van de weinige verbindingen is tussen de R4-West en de R4-Oost.

De bovenbouw en de elektromechanica van de brug zijn sterk verouderd en structureel in zeer slechte staat. De brug is sinds jaren opgenomen op de lijst van de prioritaire kunstwerken. De talrijke problemen en de veelvuldige herstellingen tonen aan dat de brug het einde van haar levensduur bereikt heeft en vervangen moet worden teneinde de veiligheid en de bedrijfszekerheid te garanderen.

Het voorwerp van de opdracht is de vervanging van de bestaande beweegbare Meulestedebrug door een nieuwe beweegbare brug, bestaande uit twee aparte beweegbare bruggdelen (één per rijrichting), inclusief alle aanhorigheden zoals aanvaarbeveiliging, fietsonderdoorgang, technische ruimte, ... en bijhorende baggerwerken en de heraanleg van de aansluitende wegenis, riolering en kaaimuren. Zo wordt de capaciteit van het kruispunt N456-N458 verhoogd en wordt de verkeersveiligheid, ook voor de voetgangers en fietsers, verbeterd. Tijdens de werken dient de hinder voor het weg- en scheepvaartverkeer zoveel mogelijk beperkt te worden daar de werken plaatsvinden op een cruciale verkeersader.

[...].”

De opdracht werd opgesplitst in een vast en voorwaardelijk gedeelte:

- een vast gedeelte voor het uitvoeren van alle werken voor de realisatie van de herbouw van de Meulestedebrug en de omgevingsaanleg, inclusief de werken uit te voeren in de waarborgperiode; en

- een voorwaardelijk gedeelte voor het onderhoud van de elektromechanische uitrusting in de periode na het verstrijken van de waarborgperiode van het vast gedeelte.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 juni 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 29 juni 2020.

3.3. De opdracht wordt gegund met een openbare procedure en de prijs is het enig gunningscriterium.

3.4. Het bestek met referte ARW-20-021 is van toepassing.

Met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid bepaalt het bestek:

“Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken, tonen de inschrijvers hun technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid aan door overlegging van de volgende documenten:

1. Een lijst van de werken die gedurende de afgelopen periode van maximaal vijf jaar werden verricht en vergezeld gaat van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd, zowel met betrekking tot de wijze van uitvoering als met betrekking tot het resultaat.

De lijst bevat minstens:

- 3 referenties van soortgelijke staalbouwprojecten: stalen bruggen, waarvan minstens 1 project met een beweegbare brug. Binnen deze projecten is de minimale uitvoeringskost van de staalbouw 3 miljoen euro (excl. BTW) en betreft het de bouw van een stalen structuur van minstens 700 ton;

[...].”

3.5. De opening der offertes vindt plaats op 5 oktober 2020.

Vijf offertes worden ontvangen, onder meer van de nv Stadsbader, dit is de verzoekende partij, en van de nv Artes Depret, de nv Agidens Infra Automation en de nv Victor Buyck Steel Construction, samen

vormend een tm (hierna: tm Artes Depret – Agidens Infra Automation – Victor Buyck Steel Construction), dit zijn de tussenkomende partijen.

3.6. Op 28 oktober 2020 wordt aan de verzoekende partij een prijsverantwoording gevraagd voor de volgende posten: 508, 597, 645, 657, 658, 784 en 835.

Ook de tm Artes Depret – Agidens Infra Automation – Victor Buyck Steel Construction, de nv Jan De Nul, en de tm Aelterman – Bam Contractors – De Brandt – Spie worden uitgenodigd tot prijsverantwoording.

3.7. Op 6 november 2020 bezorgt de nv Stadsbader een prijsverantwoording. Ook de andere inschrijvers dienen een verantwoording in.

3.8. Op 5 november 2020 vraagt de verwerende partij de verzoekende partij vervolgens om, wat de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid betreft, haar referenties inzake staalbouw te willen verduidelijken.

Met een brief van 13 november 2020 bezorgt de verzoekende partij de gevraagde verduidelijking.

3.9. Op 19 november 2020 wordt het gunningsverslag opgesteld.

3.10. Op grond van de controle van de gegevens ingevuld in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument luidt het voorlopig besluit inzake selectie ten aanzien van de verzoekende partij:

“Bij de volgende inschrijvers werd vastgesteld op basis van het UEA dat er al zeker twijfel is of zij voldoen aan de selectiecriteria inzake technische en beroepsbekwaamheid:

\* Stadsbader nv

In haar UEA verwijst zij naar een referentielijst.

In deze referentielijst wordt voor de staalbouw, de bouw van de Wilhelmina- en Beatrixbrug door haar onderaannemer ASK Romein - Hillebrand vermeld met opgave van een totaal bedrag van 4.888.771,00 euro en een gewicht van 710 ton.

Hieruit valt af te leiden dat het over twee bruggen gaat. Op basis van de vermelde gegevens zal elke brug afzonderlijk wellicht niet voldoen aan de gevraagde minimumeis inzake bedrag van 3 miljoen euro exclusief BTW en het gewicht van 700 ton.

Bijgevolg is er op basis van het UEA voorlopig twijfel of aan de selectievoorwaarden werd voldaan.”

3.11. Aangaande het prijsonderzoek vermeldt het gunningsverslag met betrekking tot de verzoekende partij en de tussenkomende partijen:

“3.3 Prijsonderzoek (art 35-37 KB Plaatsing)

De aanbesteder ging over tot een prijsonderzoek van de ingediende offertes overeenkomstig artikel 35-37 KB Plaatsing.

3.3.1 Algemeen prijsonderzoek (art 36§1-3 KB Plaatsing)

In de volgende offertes werden schijnbaar abnormale prijzen vastgesteld:

Stadsbader nv

Bij de prijsanalyse is het volgende vastgesteld:

- Het offertebedrag (excl. BTW) ligt 1,58 % hoger dan de raming;
- Het offertebedrag (excl. BTW) ligt 9,53 % lager dan het getrimd gemiddeld offertebedrag;
- Voor volgende posten van het vast gedeelte met een individueel aandeel groter dan 0,20 % zijn de afwijkingen meer dan 30 % naar onder toe t.o.v. het getrimd gemiddelde:
  - o Post 508
  - o Post 597
  - o Post 645
  - o Post 657
  - o Post 658
  - o Post 784
  - o Post 835

Op 29/10/2020 werd aan de voornoemde inschrijver een prijsverantwoording gevraagd voor de hierboven genoemde posten.

De voornoemde inschrijver heeft 9/11/2020 een prijsverantwoording bezorgd.

Deze verantwoording wordt niet aanvaard om de volgende redenen:

- Er zijn belangrijke essentiële en doorslaggevende kostprijsselementen die niet gestaafd en gedetailleerd worden, waardoor deze niet beoordeeld kunnen worden (bv. prijs bok; forfaitaire kosten voor veiligheidsvoorzieningen, extra klein materieel, benodigdheden, projectleiding, ...);
- De tarieven voor de levering van staal voor de staalconstructie zijn (zeer) laag en worden niet gestaafd en ook niet toegelicht;
- Bepaalde kosten worden niet opgenomen (bv. mob en demob materieel van bepaalde posten, ...);

- De hijsbok is slechts 1 dag in Gent voorzien in offerte onderaannemer, terwijl er 4 dagen nodig zijn;
- De offerteprijzen van de kraanfirma zijn enkel geldig onder normale werktijden, terwijl in volcontinu systeem gewerkt zal worden.

Gelet op het essentiële karakter van de bovenvermelde gebreken is het schijnbaar vermoeden van abnormale eenheids- en totale prijzen onvoldoende weerlegd door de inschrijver.

De offerte wordt substantieel onregelmatig verklaard wegens abnormale prijs, in toepassing van artikel 36 KB Plaatsing.

TM Artes Depret nv – Agidens Infra Automation nv – Victor Buyck Steel Construction nv

Bij de prijsanalyse is het volgende vastgesteld:

- Het offertebedrag (excl. BTW) ligt 11,85 % hoger dan de raming;
- Het offertebedrag (excl. BTW) ligt 0,39 % lager dan het getrimd gemiddeld offertebedrag;
- Voor volgende posten van het vast gedeelte met een individueel aandeel groter dan 0,20 % zijn de afwijkingen meer dan 30 % naar onder of meer dan 50 % naar boven toe t.o.v. het getrimd gemiddelde:
  - o Post 139
  - o Post 261
  - o Post 266
  - o Post 474
  - o Post 508
  - o Post 661
  - o Post 744
  - o Post 745
  - o Post 746
  - o Post 846
  - o Post 888
  - o Post 890
  - o Post 919

Op 30/10/2020 werd aan de voornoemde inschrijver een prijsverantwoording gevraagd voor de hierboven genoemde posten.

De voornoemde inschrijver heeft op 9/11/2020 een prijsverantwoording bezorgd.

Deze verantwoording wordt aanvaard om de volgende redenen:

Op basis van de verstrekte prijsverantwoording kan geconcludeerd worden dat er geen significante elementen zijn die wijzen op abnormale prijsvorming in de offerte van de inschrijver.

De offerte is op prijstechnisch vlak als normaal te beschouwen.”

3.12. De algemene conclusie inzake de regelmatigheid van de offertes luidt als volgt:

“3.5. Algemene conclusie voor de regelmatigheid

De volgende offertes worden substantieel onregelmatig verklaard:

- Stadsbader nv [...];
- Jan De Nul nv [...];
- TM Aelterman – Bam Contractors – De Brandt – Spie, [...].

De volgende offerte wordt regelmatig verklaard:

- TM Artes Depret – Agidens Infra Automation – Victor Buyck Steel Construction.

De volgende offerte werd prijstechnisch niet onderzocht omdat ze niet batig gerangschikt is:

- TM Hye – Ghent Dredging – Iemants – Fabricom.”

3.13. Met het oog op het nader onderzoek van de uitsluitingsgronden en de selectievoorwaarden wordt de tm Artes Depret – Agidens Infra Automation – Victor Buyck Steel Construction nog bevraagd.

Vervolgens wordt vastgesteld dat de tm Artes Depret – Agidens Infra Automation – Victor Buyck Steel Construction zich niet bevindt in een uitsluitingsgrond en voldoet aan de selectievoorwaarden.

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de tm Artes Depret – Agidens Infra Automation – Victor Buyck Steel Construction als de economisch meest voordelige regelmatige offerte.

3.14. De nv De Vlaamse Waterweg beslist op ongekende datum, maar ten laatste op 17 december 2020, tot gunning van de opdracht aan de tm Artes Depret – Agidens Infra Automation – Victor Buyck Steel Construction voor een bedrag van 31.053.594,09 euro, btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een e-mailbericht en aangetekende brief van 17 december 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte onregelmatig is bevonden. De motieven voor de onregelmatigverklaring worden meegedeeld.



Met een e-mailbericht en aangetekende brief van 21 december 2020 bezorgt de verwerende partij aan de verzoekende partij de gunningsbeslissing en het daarvan integraal deel uitmakende gunningsverslag van 19 november 2020.

Met een e-mailbericht van 23 december 2020 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij haar een afschrift te willen bezorgen van de volmachten die werden verleend aan de heer Bart Vermaut, die blijkens het proces-verbaal van opening van de offertes de offerte ondertekende voor de drie partners van de gekozen inschrijver tm Artes Depret – Agidens Infra Automation – Victor Buyck Steel Construction.

Met een e-mailbericht van 24 december 2020 bezorgt de verwerende partij de volmachten.

#### *IV. Rechtspleging*

4. De verzoekende partij heeft een “nota ter ondersteuning van de mondelinge toelichting ter zitting” ingediend. De mogelijkheid tot het indienen van een dergelijk stuk is niet voorzien in de procedure. Er wordt bijgevolg slechts rekening mee gehouden in zover het de neerslag vormt van het pleidooi ter terechtzitting.

#### *V. Tussenkoms*

5. De nv Artes Depret, de nv Agidens Infra Automation en de nv Victor Buyck Steel Construction, samen vormend een tijdelijke maatschap, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

#### *VI. Schorsingsvoorwaarden*

6.1. 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.

6.2. Te dezen is evenwel ook 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’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

## *VI. Onderzoek van de middelen*

### *A. Eerste middel*

#### *Uiteenzetting van het middel*

7. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 81, 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 16,

derde lid, 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), van de artikelen 33, 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), alsmede van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Het middel omvat twee onderdelen die de verzoekende partij zelf samenvat als volgt:

“Eerste onderdeel

[...] Uit het artikel 36 § 3 KB Plaatsing volgt dat de aanbestedende overheid een offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze is behept weert indien zij na en bij de beoordeling van de ontvangen prijsverantwoordingen vaststelt dat het bedrag van één of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont.

Hoewel de Overheidsopdrachtenwet noch het KB Plaatsing criteria bevatten die de aanbestedende overheid zou dienen te hanteren om de posten te selecteren waarop het prijzenonderzoek moet worden verricht, noch om te bepalen wat al dan niet verwaarloosbare posten zijn (waarvoor al dan niet, in geval van vaststelling van schijnbaar abnormale prijzen, een prijsverantwoording moet worden gevraagd), blijkt in casu de verwerende partij zelf te hebben vastgesteld dat enkel de posten met een individueel aandeel groter dan 0,20 % worden bevraagd.

Aldus heeft de verwerende partij zelf [...] vastgesteld dat posten met een individueel aandeel kleiner dan 0,20 % verwaarloosbare posten zijn die, zelfs als het bedrag ervan een abnormaal karakter zou vertonen, niet kunnen leiden tot substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Echter blijkt dat drie van de zeven door de verwerende partij bevraagde posten/éénheidsprijzen van de verzoekende partij een individueel aandeel hebben van minder dan 0,20 % van de totale inschrijvingsprijs van de verzoekende partij, te weten de posten 597, 657 en 784, maar waarvoor de verwerende partij aldus toch een prijsverantwoording heeft gevraagd.

[...] In de mate dat de verwerende partij heeft beslist dat de prijsverantwoording van één van deze drie posten niet kan worden aanvaard — wat niet helemaal duidelijk is op basis van de gegeven motivering die zich immers beperkt tot een aantal opgesomde gebreken die het schijnbaar vermoeden van abnormale prijzen onvoldoende zouden weerleggen maar niet expliciet stelt welke éénheidsprijzen en posten aldus nog abnormaal zouden zijn en blijven, maar waaruit wel kan afgeleid

worden dat zulks bijvoorbeeld het geval is voor de post 657— schendt deze beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen, meer in het bijzonder artikel 36 KB Plaatsing, alsook het patere legem beginsel, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Tweede onderdeel

[...] Het is vaste rechtspraak van uw Raad dat de aanbestedende overheid in het kader van het overeenkomstig artikel 84 Overheidsopdrachtenwet en artikel 33, 35 en 36 KB Plaatsing uit te voeren prijs- of kostenonderzoek, beschikt over een ruime beoordelingsbevoegdheid om de in het kader van het onderzoek naar abnormale prijzen gegeven verantwoordingen al dan niet te aanvaarden.

Bijgevolg komt het niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het Bestuur te stellen, doch wel om na te gaan of de betrokken motieven in feite en in rechte als verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat de motieven draagkrachtig en deugdelijk zijn, dat ze in feite en in rechte juist zijn en duidelijk zijn, en naar behoren zijn bewezen, en dat daarbij de beoordeling van het Bestuur de perken van een zorgvuldige en redelijke beoordeling niet te buiten is gegaan.

In casu heeft de verwerende partij de - nochtans zeer omstandige, zeer gedetailleerde en volledige cijfermatig gerechtvaardigde - prijsverantwoording van de verzoekende partij niet aanvaard, op basis van een aantal motieven en vermeende essentiële gebreken in de verstrekte prijsverantwoording, die echter stuk per stuk, zoals hierna in de toelichting bij het middel nader en meer uitgebreid uiteengezet en aangetoond, geen afdoende draagkrachtige en deugdelijke motieven zijn, want gesteund op beweringen en argumenten die in feite dan wel in rechte onjuist zijn en niet naar behoren zijn bewezen, die ervan getuigen dat de verwerende partij de prijsverantwoording van de verzoekende partij kennelijk niet zorgvuldig heeft onderzocht, dan wel een beoordeling uitmaken die de grenzen van een normale zorgvuldige of redelijke beoordeling te buiten gaan.

Immers blijkt dat de door de verwerende partij aangehaalde zgn. essentiële kostprijs-elementen, nl. de prijs van de hijsbok voor de montage van de staalconstructie en de prijs voor de levering van staal voor de staalconstructie (m.b. de contragewichten van de bruggen), in de prijsverantwoording wél zijn toegelicht en gestaafd en het normale prijzen betreft, minstens niet is aangetoond ja zelfs niet is aangevoerd door de verwerende partij dat het abnormale lage prijzen zouden zijn, blijkt dat de forfaitaire kosten voor veiligheidsvoorzieningen, extra klein materieel, benodigdheden, projectleiding etc. geen essentieel en doorslaggevend kostprijs-element is dat bovendien wel is gestaafd alsook deel uitmaakt van de verwaarloosbare post 657, blijkt dat de hijsbok wel voor vier dagen is voorzien en niet slechts voor één dag, blijkt dat de prijs voor nachtwerk van de hijs/kraanfirma wel is ingecalculeerd, en blijkt tot slot dat niet duidelijk is welke kosten van mobilisatie en demobilisatie van materieel niet zouden

zijn ingecalculeerd en dat deze kosten alleszins wel steeds zijn ingecalculeerd.

[...] De beslissing om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren wegens abnormale prijs schendt aldus de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en beginselen,

Eveneens blijkt aldus dat de opdracht niet wettig werd gegund aan de inschrijver met de economisch voordeligste regelmatige offerte conform artikel 81 Overheidsopdrachtenwet en artikel 16, 3<sup>de</sup> lid Rechtsbeschermingswet, nu de verzoekende partij wel een regelmatige offerte en de offerte met de laagste prijs heeft ingediend.”

### *Beoordeling*

8. Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat de aanbestedende overheid een prijzen- of kostenonderzoek uitvoert op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels.

Overeenkomstig artikel 33 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 gaat de aanbestedende overheid, na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, over tot het prijzen- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, gaat zij over tot de in artikel 36 bedoelde prijzen- of kostenbevraging.

Artikel 35 van hetzelfde besluit bepaalt dat de aanbestedende overheid de ingediende offertes onderwerpt aan een prijzen- of kostenonderzoek en dat zij daartoe, overeenkomstig artikel 84, tweede lid ,van de wet overheidsopdrachten 2016, de inschrijvers kan verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.

Artikel 36 van hetzelfde besluit bepaalt:

“§ 1. Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uit. [...]

§ 2. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de

samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. [...]

§ 3. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en:

1° stelt ofwel vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is; [...].”

Krachtens artikel 76, § 3, van hetzelfde besluit dient de aanbestedende overheid, wanneer wordt gebruikgemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, een substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren.

#### *Eerste onderdeel*

9. Nog afgezien van het feit dat de verwerende partij het belang van de verzoekende partij bij dit eerste onderdeel terecht in vraag lijkt te stellen, doordat de verzoekende partij slechts drie van de zeven posten waarover zij werd bevraagd, lijkt te bekritisieren, terwijl overeenkomstig artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 de abnormaliteit van minstens één niet-verwaarloosbare post de onregelmatigverklaring van de offerte schraagt, mag met de verwerende partij op het eerste gezicht worden vastgesteld dat de verzoekende partij uitgaat van een verkeerde lezing van het gunningsverslag.

10. Het gunningsverslag identificeert de te bevragen posten wat de verzoekende partij betreft, als volgt:

“Voor volgende posten van het vast gedeelte met een individueel aandeel groter dan 0,20 % zijn de afwijkingen meer dan 30 % naar onder toe t.o.v. het getrimd gemiddelde.”

De berekeningsbasis voor de grenswaarde van 0,20 % wordt aldus op het eerste gezicht bepaald aan de hand van het “getrimd gemiddelde”. Het “getrimd gemiddelde” berekent het gemiddelde zonder rekening te houden met

extremen die het gemiddelde kunnen vertekenen. De verwerende partij verklaart in de nota dat prijzen als extreem worden beschouwd wanneer ze -90 % of +100 % afwijken van het rekenkundig gemiddelde.

Op het eerste gezicht ten onrechte lijkt de verzoekende partij de berekeningsbasis voor de grenswaarde van 0,20 % te steunen op de eigen offerteprijs om te besluiten dat de posten 597, 657 en 784 “verwaarloosba[ar]” zijn.

Het onderdeel kan aldus niet leiden tot de schorsing van de bestreden beslissing.

11. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

#### *Tweede onderdeel*

12. In het tweede onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de verwerende partij haar prijsverantwoording niet op deugdelijke wijze en met de nodige zorgvuldigheid heeft onderzocht.

De aanbestedende overheid beschikt in beginsel over een aanzienlijke beoordelingsruimte om de ontvangen prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur en zelf de beoordeling van de prijsverantwoording overdoen. Het komt hem enkel toe om desgevraagd na te gaan of deze beoordeling rechtmatig is geschied.

13. Wat de motieven opgenomen in het gunningsverslag betreft (zie randnummer 3.11), wordt geoordeeld wat volgt.

14. Wat het motief “[d]e tarieven voor de levering van staal voor de staalconstructie zijn (zeer) laag en worden niet gestaafd en ook niet toegelicht”

betreft, zijn partijen het er over eens dat dit motief slaat op de post 645 “Constructiestaal voor de staalconstructie volgens 26-2, S235J2+N”.

De verzoekende partij stelt dat de prijs zou gestaafd en toegelicht zijn door de offerte en de prijsverantwoording gegeven door de onderaannemer.

Uit deze prijsverantwoording blijkt dat het tarief twee onderdelen omvat, zijnde:

- \* een tarief van 0,58 euro per kg voor de levering van  $\frac{2}{3}^{\text{de}}$  van de voorziene hoeveelheid staal; en

- \* een tarief van 0,20 euro per kg voor de levering van  $\frac{1}{3}^{\text{de}}$  van de voorziene hoeveelheid staal.

In deze prijsverantwoording wordt enkel toelichting gegeven bij het tarief van 0,20 euro/kg. Uiteengezet wordt dat onderaannemer ASK Romein-Hillebrand nog stalen slabs uit een vorig project op overschot heeft. Het tarief van 0,58 euro/kg voor  $\frac{2}{3}^{\text{de}}$  van het te leveren staal wordt niet toegelicht.

Voor het eerst in haar verzoekschrift tracht de verzoekende partij de door haar gehanteerde eenheidsprijs van 0,58 euro/kg te verantwoorden door te verwijzen naar staalprijzen, die publiek toegankelijk zouden zijn en die de verwerende partij evengoed zou kennen. Zij voegt daaraan toe dat haar lage prijs voorts te verklaren zou zijn omdat er voor de uitvoering van deze post minder *handling*, zoals speciaal laswerk, detailwerk,... zou zijn vereist en een lagere staalkwaliteit mogelijk zou zijn dan voor de andere posten.

Deze argumentatie is in de eerste plaats niet terug te vinden in de eigenlijke prijsverantwoording. De materiaaleigenschappen van het te leveren staal worden voorts noch in de prijsverantwoording, noch in het verzoekschrift gespecificeerd, laat staan dat de verzoekende partij aantoont dat de publieke gegevens waarnaar zij verwijst op dat punt vergelijkbaar zijn, hetgeen elke controle hypothekeert. Het vergelijkende argument met andere posten inzake



*handling* en staalkwaliteit lijkt ten slotte geen onderscheidend argument ten aanzien van andere inschrijvers.

De verantwoording van het tarief van 0,20 euro/kg gaat terug op een verklaring van de onderaannemer dat hij bereid is stalen slabs uit een vorig project tegen die prijs in te zetten. Op de dikte en staalsoort na ontbreekt nadere concrete onderbouwing. De verwerende partij verklaart niet zonder grond dat aldus niet kan worden onderzocht of dit overschot compatibel is met de vereisten van de voorliggende opdracht en in welke mate er nog bijkomende handelingen noodzakelijk zijn vooraleer het staal kan worden gebruikt.

Het argument van de verzoekende partij dat de verwerende partij de tarieven niet abnormaal laag of onaanvaardbaar zou noemen, kan in de gegeven context niet worden begrepen. De verzoekende partij werd precies uitgenodigd om de opgegeven eenheidsprijs te verantwoorden na identificatie door de verwerende partij als vermoedelijk abnormaal.

In de gegeven omstandigheden lijkt de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsruimte niet te hebben overschreden door vast te stellen dat de (zeer) lage tarieven voor de levering van het ballaststaal niet werden gestaafd of toegelicht.

15. Wat de motieven betreft:

- “• Er zijn belangrijke essentiële en doorslaggevende kostprijsselementen die niet gestaafd en gedetailleerd worden, waardoor deze niet beoordeeld kunnen worden (bv. prijs bok[...])  
[...]
- De hijsbok is slechts 1 dag in Gent voorzien in offerte onderaannemer, terwijl er 4 dagen nodig zijn;
- De offerteprijzen van de kraanfirma zijn enkel geldig onder normale werktijden, terwijl in volcontinu systeem gewerkt zal worden.”

16. Partijen betrekken deze motieven op de post 658 “Definitieve montage op de bouwplaats van de staalconstructie volgens 26-7”.

Uit de prijsverantwoording blijkt dat de onderaannemer ASK Romein-Hillebrand voor het transport en de installatie van de brugdelen een beroep doet op een onderaannemer, het kraanbedrijf Mammoet.

In de prijsverantwoording van onderaannemer ASK Romein-Hillebrand is de prijs van de in te zetten drijvende hijsbok gecalculeerd op 16.765,88 euro/dag. Anders dan de verzoekende partij dat lijkt te beweren, wordt dit kostprijsselement niet nader gestaafd noch door haar onderaannemer Hillebrand, noch door de offerte van diens onderaannemer Mammoet van wie de prijs zelfs niet is uitgesplitst.

Het ontbreekt de prijsverantwoording aan technische detaillering van de in te zetten drijvende bok. In het licht van de lokale omstandigheden en beschikbare vaargeul besluit de verwerende partij dat aldus niet controleerbaar is of de drijvende bok technisch en operationeel kan worden ingezet.

In haar verzoekschrift licht de verzoekende partij voor het eerst toe dat er een drijvende bok zal worden ingezet, die het hijsen van lasten van 400 ton aankan en dat de opgegeven dagprijs een correct normale prijs is. Voorts meent zij de correctheid van haar prijs te kunnen aantonen door te verwijzen naar publiek gekende huurprijzen met betrekking tot drijvende bokken in de haven van Antwerpen.

Deze toelichting is niet terug te vinden in de prijsverantwoording van de verzoekende partij. Voorts lijken de aannames door de verzoekende partij naar haar prijszetting toe wankel gelet op de verschillende technische kenmerken van de door haar aangeboden bok en de hijsbokken in de haven van Antwerpen maar vooral omwille van de onbekende inzetbaarheid van deze laatste rekening houdend met de beschikbare vaargeul in de haven van Gent.

17. Wat de motieven “[d]e hijsbok is slechts 1 dag in Gent voorzien in offerte onderaannemer, terwijl er 4 dagen nodig zijn” en “[d]e offerteprijzen van de kraanfirma zijn enkel geldig onder normale werktijden, terwijl in volcontinu systeem gewerkt zal worden” betreft, blijkt uit het dossier dat de verwerende partij significante contradicties heeft vastgesteld tussen de prijsverantwoording van de onderaannemer ASK Romein-Hillebrand en de offerte van zijn onderaannemer Mammoet.

In de eerste plaats zouden de uitgangspunten inzake de inzet van de drijvende hijsbok tussen de offerte van Mammoet, enerzijds, en de offerte van ASK Romein-Hillebrand, anderzijds, in verband met het aantal dagen dat nodig is voor *handling* aan de kade van Hillebrand en op de werf zelf uiteenlopen.

Uit de voorgelegde documenten in de prijsverantwoording kan op het eerste gezicht inderdaad worden afgeleid dat het bedrijf Mammoet 3 dagen voorziet voor *handling* aan de kade van Hillebrand en transport van Nederland naar Gent en slechts 1 dag ter plaatse in Gent. Uit de prijsverantwoording van onderaannemer Hillebrand lijkt te volgen dat de hijsbok 4 dagen in Gent aanwezig moet zijn.

In haar verzoekschrift meent de verzoekende partij dat de verwerende partij ten onrechte rekening zou hebben gehouden met de offerte van Mammoet.

Bij gebreke aan enige verduidelijking in de eigenlijke prijsverantwoording hoe de bijgevoegde documenten moeten worden gelezen, kan deze stelling niet zonder meer worden gedeeld. De bewijslast van de normaliteit van de prijs rust op de inschrijver die bevraagd is. Het staat dan ook aan hem om ten gepaste tijde en niet voor het eerst ter terechtzitting de nodige nuances te maken en een en ander uit te klaren.

18. Hetzelfde mag worden gezegd wat de geldigheid van de door Mammoet gegeven offerteprijzen betreft.

Op grond van de algemene voorwaarden van Mammoet lijkt inderdaad met de verwerende partij te mogen worden vastgesteld dat de gegeven offerteprijzen enkel geldig zijn onder normale werktijden, zijnde van 7.00 uur tot en met 17.00 uur, terwijl de werken moeten worden uitgevoerd in een volcontinu systeem. Enkel de offerte van onderaannemer Hillebrand voorziet in een nachttoeslag.

De omstandigheid dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met de offerte Mammoet, lijkt, zoals gezegd, veeleer toe te schrijven aan de wijze van samenstelling door de verzoekende partij zelf van haar prijsverantwoording. De verzoekende partij lijkt dan ook niet goed geplaatst om de verwerende partij onzorgvuldigheid te verwijten. Evenmin lijkt aldus de beoordeling dat de verantwoording niet kan worden aanvaard, de toets van de redelijkheid niet te kunnen doorstaan.

19. Rekening houdend met de bepaling van artikel 36, § 3, 1°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidens welk de offerte als substantieel onregelmatig wordt geweerd zelfs wanneer de vastgestelde abnormaliteit het bedrag van slechts één niet-verwaarloosbare post betreft, lijken de besproken motieven op zich de conclusie dat de verzoekende partij er niet in is geslaagd het vermoeden van abnormaliteit, dat kleeft aan de betrokken eenheidsprijzen, weg te nemen, te schragen. Het gegeven dat het totale offertebedrag 1,58 % boven de raming lag, doet hieraan geen afbreuk.

De gebeurlijke ernst van de argumentatie van de verzoekende partij met betrekking tot de vaststelling in de bestreden beslissing dat de forfaitaire kosten voor veiligheidsvoorzieningen, extra klein materieel, benodigdheden, projectleiding, mobilisatie en demobilisatie evenmin gestaafd en gedetailleerd zijn, kan de verzoekende partij derhalve op het eerste gezicht niet meer baten.

Het tweede onderdeel is evenmin ernstig.

20. Het eerste middel is, in zijn geheel genomen, niet ernstig.

*B. Tweede middel*

*Uiteenzetting van het middel*

21. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 66 en 71 van de wet overheidsopdrachten 2016, van de artikelen 65 en 68 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, van de materiële motiveringsplicht en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, alsook van het evenredigheidsbeginsel en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016.

De verzoekende partij vat het middel samen als volgt:

“De verwerende partij komt in haar beslissing tot het besluit dat er voor de verzoekende partij op basis van het UEA wordt vastgesteld dat er al zeker twijfel is of zij voldoet aan de selectiecriteria inzake technische en beroepsbekwaamheid. Meer in het bijzonder oordeelt de verwerende partij dat de door de verzoekende partij voorgelegde referentie van de bouw van de Wilhelmina- en Beatrixbrug te Zaandam voor een totaal bedrag van € 4.888.771 en een gewicht van 710 ton blijkbaar niet zou voldoen, omdat uit de referentie afgeleid kan worden dat het over twee bruggen gaat en dat op basis van de vermelde gegevens elke brug afzonderlijk wellicht niet zal voldoen aan de gevraagde minimumeis inzake het bedrag van € 3.000.000,00 exclusief BTW en het gewicht van 700 ton.

Ter bewijs van de technische bekwaamheid inzake staalbouw vraagt het Bestek echter de voorlegging van referenties van soortgelijke staalbouwprojecten van stalen bruggen (waarvan minstens één project met een beweegbare brug), waarbij binnen deze projecten de minimale uitvoeringskost voor de staalbouw € 3.000.000,00 exclusief BTW bedraagt en de bouw van de stalen structuur minstens 700 ton, zonder dat evenwel is bepaald dat deze minimale uitvoeringskost van € 3.000.000,00 exclusief BTW en het minimale gewicht van 700 ton betrekking moet hebben op slechts één brug, en het niet zou mogen gaan over staalbouwprojecten waarin twee stalen bruggen met een gezamenlijke totale uitvoeringskost van de staalbouw van € 3.000.000,00 exclusief BTW en een totaal gewicht van minstens 700 ton zijn gebouwd.

Ook de onderhavige opdracht van de bouw van de Meulestedebrug betreft in werkelijkheid nochtans de bouw van twee geheel afzonderlijk werkende bruggen (ook genaamd brughelften). De gevraagde referenties van soortgelijke staalbouwprojecten van stalen bruggen kunnen en mogen

aldus duidelijk ook staalbouwprojecten betreffen met twee bruggen, waarbij binnen dat project de minimale uitvoeringskost van de staalbouw van € 3.000.000,00 exclusief BTW en het gewicht van minstens 700 ton de totale uitvoeringskost en het totaal gewicht van het hele project en de binnen dat project gebouwde twee bruggen kan betreffen.

Aldus blijkt dat de door de verzoekende partij voorgelegde referentie van de bouw van de Wilhelmina- en Beatrixbrug wel degelijk voldoet aan de gestelde selectie-eis en het gevraagde minimumniveau.

[...] Waar de verwerende partij aldus besluit dat op basis van het UEA er zeker twijfel is of de verzoekende partij voldoet aan het selectiecriterium met betrekking tot de staalbouwprojecten schendt de bestreden beslissing de artikelen 66 en 71 van de Overheidsopdrachtenwet, de artikelen 65 en 68 van het KB Plaatsing, de bepalingen van het Bestek en aldus het patere legem beginsel, alsook de materiële motiveringsplicht.

[...] Minstens, indien toch zou worden geoordeeld dat het kwestieuze selectiecriterium wel inhoudt dat het moet gaan om staalbouwprojecten waarbij, indien het gaat om projecten met twee bruggen, elke brug afzonderlijk voldoet aan de gevraagde minimeis inzake het bedrag van € 3.000.000,00 exclusief BTW en het gewicht van 700 ton, is dit een onwettig selectiecriterium, nu in dat geval deze voorwaarde en minimumniveau geenszins in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht en niet als gepast niveau kan worden aanzien, wat een schending van artikel 71 Overheidsopdrachtenwet en artikel 65 KB Plaatsing, alsook van het evenredigheidsbeginsel en artikel 4 Overheidsopdrachtenwet inhoudt.

De beslissing dat er zeker twijfel is of de door de verzoekende partij voorgelegde referentie van de bouw van de Wilhelmina- en Beatrixbrug wel voldoet aan het selectiecriterium die steunt op een onwettig criterium, is aldus minstens op een rechtens niet-draagkrachtig[...] motief gebaseerd zodat de beslissing de materiële motiveringsplicht schendt.”

### *Beoordeling*

22. De verwerende partij werpt de niet-ontvankelijkheid op van het tweede middel wegens gebrek aan het rechtens vereiste belang in hoofde van de verzoekende partij.

De exceptie wordt bijgevalen.

Uit de beoordeling van het eerste middel is gebleken dat de offerte van de verzoekende partij op het eerste gezicht terecht als substantieel onregelmatig is geweerd wegens abnormale prijs.

De gebeurlijke ernst van de kritiek van de verzoekende partij onder dit tweede middel vermag niet toe te laten aan deze onregelmatigheid voorbij te gaan en de verzoekende partij alsnog in aanmerking te laten komen voor de gunning van de opdracht.

23. Het tweede middel is niet ontvankelijk.

### *C. Derde middel*

#### *Uiteenzetting van het middel*

24. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 81 en 83 van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 16, derde lid, van de rechtsbeschermingswet, van de artikelen 44 en 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en van de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij vat het middel samen als volgt:

“Uit artikel 76 §1, 4<sup>de</sup> lid, KB Plaatsing volgt dat de niet-naleving van de vereisten inzake ondertekening van de offerte bepaald in artikel 44 KB Plaatsing, een substantiële onregelmatigheid betreft, welke overeenkomstig artikel 76 §3 KB Plaatsing, in het kader van een openbare procedure zoals in deze, automatisch tot de nietigverklaring van de aldus substantieel onregelmatige offerte leidt.

Overeenkomstig artikel 44 §1 KB Plaatsing dient de offerte ondertekend te worden door de persoon/personen die bevoegd of gemachtigd is/zijn om de inschrijver te verbinden.

Deze verplichting is van toepassing op elke deelnemer aan een combinatie van ondernemers (zoals een Tijdelijke Maatschap of TM) wanneer de offerte wordt neergelegd door een dergelijke combinatie.

De ondertekening van een offerte is aldus 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 diegenen zijn die daartoe bevoegdheid hebben krachtens dwingende regelgeving of eigen statutaire bepalingen van de inschrijver, dan wel daartoe niet rechtsgeldig gemachtigd zijn op basis van een rechtsgeldige volmacht.

Een rechtsgeldige volmacht veronderstelt dat de volmachtgever zelf bevoegd is krachtens dwingende regelgeving of de eigen statutaire bepalingen om de offerte te ondertekenen en de inschrijver te verbinden.

[...] In casu blijkt uit het PV van opening der offertes dat de offerte van de gekozen inschrijver TM ARTES DEPRET NV - AGIDENS INFRA AUTOMATION NV — VICTOR BUYCK STEEL CONSTRUCTION NV ondertekend werd door de heer [B.V.]

Blijkens de volmachten gevoegd bij de offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat de heer [B.V.] kennelijk als vast vertegenwoordiger van de BVBA VERBA CONSULTIN G, Directeur van ARTES DEPRET NV, de offerte namens de drie deelnemers/leden van de gekozen TM ARTES DEPRET NV - AGIDENS INFRA AUTOMATION NV — VICTOR BUYCK STEEL CONSTRUCTION NV ondertekende.

Daarbij blijkt echter dat deze gemachtigde ter ondertekening van de offerte namens de deelnemer NV AGIDENS INFRA AUTOMATION niet beschikt over een rechtsgeldige volmacht.

De heer [B.V.], vast vertegenwoordiger van de BVBA VERBA CONSULTING, blijkt immers voor de ondertekening van de offerte een bijzondere volmacht te hebben gekregen van de BV QUATZ & WRITZZ CONSULTING, vast vertegenwoordigd door de heer [K.W.], welke op haar beurt een bijzondere volmacht heeft gekregen verleend door de gedelegeerd bestuurder van de NV AGIDENS INFRA AUTOMATION, Geert STIENEN BV, vast vertegenwoordigd door de heer [G.S.].

Krachtens de statuten van de NV AGIDENS INFRA AUTOMATION, zoals geldend op het ogenblik van het verlenen van de volmacht en de ondertekening en indiening van de offerte, is de gedelegeerd bestuurder van deze vennootschap echter niet bevoegd om de vennootschap alleen te verbinden en voor de betrokken overheidsopdracht de offerte alleen te ondertekenen, nu conform die statuten een gedelegeerd bestuurder enkel voor wat betreft handelingen van dagelijks bestuur alleen kan optreden en de vennootschap kan vertegenwoordigen en verbinden, zodat de door deze gedelegeerd bestuurder verleende volmacht niet rechtsgeldig is.

Bovendien blijkt de aan de BV QUATZ & WRITZZ CONSULTING verleende bijzondere volmacht ook geen mogelijkheid van substitutie of plaatsvervanging te voorzien, zodat plaatsvervanging niet mogelijk is en de BV QUATZ & WRITZZ CONSULTING, vast vertegenwoordigd door [K.W.], op haar beurt niet zomaar, zonder bewijs van toelating van plaatsvervanging, op haar beurt een volmacht kon geven aan [B.V.], vaste vertegenwoordiger van de BVBA VERBA CONSULTING, directeur van ARTES DEPRET NV, om de offerte te ondertekenen.

Aldus blijkt dat de offerte namens het lid NV AGIDENS INFRA AUTOMATION niet rechtsgeldig is ondertekend, terwijl, indien een



offerte wordt ingediend door een combinatie van ondernemers (i.c. een tijdelijke maatschap of TM), deze geldig ondertekend dient te worden door alle leden ervan.

De verwerende partij heeft de offerte van de gekozen inschrijver echter regelmatig verklaard, met de enkele motivering ‘er werden in deze fase geen onregelmatigheden vastgesteld’, wat evenwel in rechte onjuist blijkt te zijn.

[...] De bestreden beslissing schendt aldus de artikelen 44 en 76 KB Plaatsing, alsook de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel. De verwerende partij heeft kennelijk geen zorgvuldig onderzoek naar de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver uitgevoerd, wat tevens de schending van artikel 83 Overheidsopdrachtenwet meebrengt.

Vermits de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig is, zijn tevens artikel 81 Overheidsopdrachtenwet en artikel 16, 3<sup>de</sup> lid Rechtsbeschermingswet geschonden, nu de gekozen inschrijver immers niet de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, maar wel de verzoekende partij.”

In de toelichting bij het middel verwijst de verzoekende partij naar “vaste rechtspraak”, verwoord onder meer in een arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009, eveneens aangehaald in het arrest van de Raad van State nr. 232.024 van 6 augustus 2015. Zij betoogt dat overeenkomstig deze vaste rechtspraak het ondertekenen van een offerte niet als een handeling van dagelijks bestuur kan worden beschouwd, en dat de verwerende partij vruchteloos zou betogen dat “met betrekking tot het indienen van de offerte voor de voorliggende opdracht het toch om een handeling van dagelijks bestuur zou gaan want de cumulatieve voorwaarden van het geringe belang van de verrichting en de noodzaak van een snelle oplossing, vereist volgens de supra aangehaalde rechtspraak van het Hof van Cassatie, in casu vervuld zouden zijn”, nu volgens haar zelfs geen van de beide voorwaarden te dezen vervuld zijn.

In zover de verzoekende partij voorts de mogelijkheid van plaatsvervanging betwist, wijst zij erop dat de eerste volmacht van 25 september 2020 verleend door de gedelegeerd bestuurder, de bv Geert Stienen, die mogelijkheid niet bevat. Zij betoogt dat lastgeving een contract *intuitu personae* is, dat de lasthebber zich in beginsel niet kan laten vervangen door een derde zonder toestemming van de lastgever, en dat, aangezien de zekerheid van de verbintenis

van de inschrijver een substantiële vereiste is en de onzekerheid van die verbintenis overeenkomstig artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte leidt, te dezen een stilzwijgende toelating tot plaatsvervanging niet kan worden vermoed.

### *Beoordeling*

25. Artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 schrijft voor wanneer een offerte substantieel onregelmatig is en verwijst uitdrukkelijk naar artikel 44 van hetzelfde besluit dat bepaalt dat een offerte moet ondertekend zijn “door de perso(o)n(en) die bevoegd of gemachtigd is/zijn om de inschrijver te verbinden”.

26. Het wordt niet betwist en het dossier bevestigt dat B.V., vast vertegenwoordiger van de bvba Verba Consulting, voor de ondertekening van de offerte op 3 oktober 2020 een bijzondere volmacht heeft gekregen van de bv Quatz & Writzz Consulting, vast vertegenwoordigd door de heer K.W., aan wie eerder op haar beurt een bijzondere volmacht werd verleend op 25 september 2020 door de gedelegeerd bestuurder van de nv Agidens Infra Automation, de bv Geert Stienen, vast vertegenwoordigd door de heer G.S..

27. De verzoekende partij verwijst hiervoor naar de statuten van de nv Agidens Infra Automation, bekendgemaakt in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 22 januari 2020 en meent dat de ondertekening van de offerte niet kwalificeert als een handeling van dagelijks bestuur.

De betrokken passage uit de statuten van nv Agidens Infra Automation luidt:

“Onverminderd de algemene vertegenwoordigingsmacht van de raad van bestuur als college wordt de vennootschap bij alle rechtshandelingen, jegens derden en in rechtszaken als eiser of als verweerder, verbonden door twee bestuurders die gezamenlijk optreden of, doch enkel voor wat betreft handelingen van dagelijks bestuur, door een gedelegeerd bestuurder die alleen optreedt of, binnen hun bevoegdheidssfeer, door de personen belast

met het dagelijks bestuur of door een door de raad van bestuur benoemde bijzonder gevolmachtigde.”

Deze passage moet worden gelezen in het licht van de bepaling van artikel 7:121 van het (nieuwe) WVV dat voortaan een definitie bevat van het begrip “dagelijks bestuur”:

“Het dagelijks bestuur omvat alle handelingen en de beslissingen die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap, evenals de handelingen en de beslissingen die om reden van het minder belang dat ze vertonen of omwille van hun spoedeisend karakter de tussenkomst van de raad van bestuur, de enige bestuurder of de directieraad niet rechtvaardigen.”

De Memorie van Toelichting bij het WVV (*Parl.St* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 240-241) licht deze bepaling toe als volgt:

“Deze bepaling herneemt artikel 525 W.Venn., maar bevat voortaan een definitie van dagelijks bestuur, die ten dele is geïnspireerd door de cassatierechtspraak, maar rekening houdt met de kritiek van de rechtsleer en de ruimere invulling die de praktijk aan dit begrip geeft. Vallen onder het begrip dagelijks bestuur, handelingen en beslissingen die hetzij niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap, hetzij een gering belang vertonen, hetzij een spoedeisend karakter hebben. Anders dan in de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie (26 februari 2009) moeten de criteria ‘gering belang’ en ‘urgentie’ dus niet cumulatief worden toegepast. Zodra één van de drie hierboven vermelde criteria vervuld is, valt de handeling of de beslissing onder het dagelijks bestuur. Er wordt daarbij geen onderscheid gemaakt naargelang van de aard van de handeling of de beslissing: zo kan de beslissing tot intekening op een overheidsopdracht of tot instelling van een annulatieberoep voor het Grondwettelijk Hof of voor de Raad van State onder het dagelijks bestuur vallen.”

28. Artikel 525 van het voorheen geldende Wetboek van Vennootschappen bevatte geen definitie van het begrip “dagelijks bestuur”. Het middel zoals geformuleerd door de verzoekende partij in haar verzoekschrift is geënt op het begrip dagelijks bestuur, zoals dit door de rechtspraak van het Hof van Cassatie, hierin bijgevallen door de Raad van State, werd ingevuld vóór de inwerkingtreding van het (nieuwe) WVV.

Het WVV bevat thans een definitie van wat onder het begrip “dagelijks bestuur” moet worden begrepen, die, zoals blijkt uit de memorie van toelichting, op het eerste gezicht niet volledig lijkt overeen te stemmen met de voorheen hieraan gegeven jurisprudentiële invulling van dat begrip.

Het middel dat is gesteund op een niet meer volledig accurate jurisprudentiële invulling van het begrip “dagelijks bestuur” lijkt voor juridische betwisting vatbaar en leent zich aldus niet tot een toetsing in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Pas ter terechtzitting, en dus laattijdig, gaat de verzoekende partij in op de niet overeenstemming van de litigieuze volmacht met het begrip dagelijks bestuur zoals gedefinieerd in artikel 7:121 WVV.

In de huidige stand van de procedure waarin, wegens de spoedeisendheid ervan, het onderzoek van het middel hoe dan ook dient te worden beperkt tot een prima-facieonderzoek, lijken de voorgaande vaststellingen te kunnen volstaan om het middel vooralsnog niet bij te vallen.

29. In zoverre de verzoekende partij de mogelijkheid van plaatsvervangende betwist, lijken de verwerende en de tussenkomen partijen niet ten onrechte te verwijzen naar het arrest nr. S.05.0030.N van het Hof van Cassatie van 6 februari 2006.

In dat arrest besliste het Hof dat “[u]it artikel 1994 van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat de lasthebber aansprakelijk is voor hem die hij bij de uitvoering van zijn opdracht in zijn plaats heeft gesteld, volgt dat de lastgever aan de lasthebber de toelating kan verlenen zich voor de uitvoering van het mandaat te laten vertegenwoordigen of bijstaan. Deze toelating kan zelfs stilzwijgend zijn”.

Het Hof vervolgt dat, “[z]onder vast te stellen dat de voorzitter van de VZW die door de raad van bestuur van eiseres gemandateerd werd om tot

het ontslag van verweerder over te gaan, geen toelating tot plaatsvervangings had, [...] het arrest niet wettig [vermocht] te oordelen dat de lasthebber zich voor de uitvoering van dit mandaat niet kon laten vertegenwoordigen door het sociaal secretariaat”.

Het Hof overweegt dat noch de artikelen 1984, 1985 en 1987 van het Burgerlijk Wetboek, noch de artikelen 1991 tot en met 1997 van het Burgerlijk Wetboek, welke laatste de verplichtingen van de lasthebber bepalen, afzonderlijk of samen genomen een verbod inhouden voor de lasthebber om zijn opdracht aan een derde op te dragen en dat krachtens artikel 1998 van het Burgerlijk Wetboek de lastgever gehouden is de verbintenissen na te komen die de lasthebber overeenkomstig de hem verleende macht heeft aangegaan. De lastgever is niet gehouden tot hetgeen daarbuiten mocht zijn gedaan, dan voor zover hij zulks uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft bekrachtigd.

De verwerende partij en de tussenkomen partijen leiden hieruit op het eerste gezicht niet zonder grond af dat, anders dan de verzoekende partij voorhoudt, gelet op het niet uitgesloten zijn van plaatsvervangings door de volmacht van 25 september 2020, het de bv Quatz & Writzz Consulting niet verboden was om haar opdracht aan een derde op te dragen, namelijk aan [B.V.], vast vertegenwoordiger van de bvba Verba Consulting.

Krachtens artikel 1998 van het Burgerlijk Wetboek is de nv Agidens Infra Automation gehouden de verbintenissen na te komen die deze lasthebber overeenkomstig de hem verleende volmacht heeft aangegaan. Met de verwerende partij lijkt bovendien te mogen worden aangenomen dat de nv Agidens Infra Automation, door niet te ageren, de plaatsvervangings stilzwijgend heeft bekrachtigd. De verzoekende partij lijkt zich dan ook niet te kunnen beroepen op de in artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 voorgeschreven vereiste dat de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren zeker dient te zijn, om een stilzwijgende plaatsvervangings uit te sluiten.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat de volmachten van 25 september 2020 en 3 oktober 2020 niet rechtsgeldig zouden zijn geweest. Zodoende slaagt zij er evenmin in te overtuigen in haar betoog dat de offerte van de gekozen inschrijver niet rechtsgeldig zou zijn ondertekend.

30. Het derde middel is in zijn geheel niet ernstig.

#### *D. Vierde middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

31. In een vierde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 83 en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, van de artikelen 33, 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, van de artikelen 4 en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

De verzoekende partij vat het middel samen als volgt:

“Uit de voormelde bepalingen vloeit voort dat in het kader van een prijsonderzoek, gevoerd in toepassing van artikel 84 Overheidsopdrachtenwet en de artikelen 33, 35 en 36 KB Plaatsing, de aanbestedende overheid overeenkomstig de op haar rustende formele motiveringsplicht ertoe gehouden is de niet-gekozen inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, in staat te stellen terdege te beoordelen of het zin heeft zich tegen de bestreden beslissing te verweren met de middelen die het recht hen ter beschikking stelt, wat inhoudt dat de verzoekende partij uit de meegedeelde motivering moet kunnen afleiden welke redenen in redelijkheid aan de verwerende partij toelieten om binnen de haar toekomende discretionaire beoordelingsbevoegdheid de prijsverantwoording verstrekt door de gekozen inschrijver TM ARTES DEPRET NV — AGIDENS INFRA AUTOMATION NV — VICTOR BUYCK STEEL CONSTRUCTION NV te aanvaarden en de diverse schijnbaar abnormale éénheidsprijzen van niet minder dan 13 posten, vervat in de offerte van de gekozen inschrijver, alsnog als normaal te beschouwen.

In casu heeft de verwerende partij de aan de gekozen inschrijver gevraagde en door deze verstrekte prijsverantwoording voor 13 posten, waarvan werd

vastgesteld dat hun prijs abnormaal laag dan wel abnormaal hoog was, aanvaard met de enkele motivering dat op basis van de verstrekte prijsverantwoording geconcludeerd kan worden dat er geen significante elementen zijn die wijzen op abnormale prijsvorming in de offerte van de inschrijver.

Deze motivering is echter nietszeggend en stelt de verzoekende partij geenszins in staat terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing tot aanvaarding van deze prijsverantwoording en dienvolgens de regelmatig verklaring van de offerte van de gekozen inschrijver te verweren.

[...] Hierdoor schendt de bestreden beslissing de in het middel ingeroepen bepalingen en inzonderheid de artikelen 4 en 5, 9° Rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet.”

### *Beoordeling*

32. Dit laatste middel hekelt in essentie het gebrek aan concrete motivering van de aanvaarding door de verwerende partij van de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver.

In de bestreden gunningsbeslissing wordt ten aanzien van de offerte van de tussenkomende partijen, na te hebben vastgesteld dat het offertebedrag (exclusief btw) 11,85 % hoger ligt dan de raming, en 0,39 % lager dan het getrimd gemiddeld offertebedrag, wat de door hen bezorgde prijsverantwoording voor de 13 door de verwerende partij aangeduide posten betreft, gesteld:

“Deze verantwoording wordt aanvaard om de volgende redenen:

Op basis van de verstrekte prijsverantwoording kan geconcludeerd worden dat er geen significante elementen zijn die wijzen op abnormale prijsvorming in de offerte van de inschrijver.”

De formelemotiveringsverplichting die rust op de vergunningverlenende overheid lijkt in zoverre te moeten worden afgewogen tegen de bepaling van artikel 10 van de rechtsbeschermingswet luidens welk “bepaalde gegevens evenwel niet [mogen] worden meegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële

belangen van publieke of private ondernemers of de eerlijke mededinging tussen hen zou kunnen schaden”.

Hoewel dit verbod niet als een evidentie moet leiden tot het volledig onttrekken van de abnormale prijzenproblematiek aan het zicht van een verzoekende partij, door een niet-concrete motivering, blijkt uit het voorliggende dossier en inzonderheid de prijstoelichting van de gekozen inschrijver en de beoordelingen ervan door de verwerende partij en ATO, die de Raad van State in zijn beoordeling vermag te betrekken ondanks de vertrouwelijkheid ervan, dat de toelichting voor alle betrokken posten betrekking heeft op de uitsplitsing van eenheidsprijzen, rendementen en aannames inzake uitvoering. Bij de evaluatie ervan door ATO werden de toeslag AKW, het prijsniveau arbeidskrachten, de materieelprijzen, storkosten, materiaalkosten en de gehanteerde prijzen voor de onderaanneming getoetst aan de courante gangbare tarieven, alsook de rendementen (bij 11 van de 14 posten) en aannames in verband met de uitvoering, die werden getoetst op hun realiteitsgehalte. De conclusie van deze evaluatie dat er geen significante elementen zijn die wijzen op abnormale prijsvorming in de offerte van de inschrijver werd naar de essentie hernomen in het gunningsverslag. Dat de bespreking van deze concrete evaluatie van de door de gekozen inschrijver gehanteerde AKW, gehanteerde tarieven, prijzen of kosten, rendementen en aannames (bij de bevraagde posten) niet uitgebreid en tot in het detail is hernomen in de bestreden gunningsbeslissing leidt voor de huidige zaak met inachtnaam van artikel 10 van de rechtsbeschermingswet niet tot een gebrek in de formele motivering nu aannemelijk is dat de openbaarmaking ervan de commerciële belangen van de gekozen inschrijver had kunnen schaden.

33. Het vierde middel is niet ernstig.

#### *VII. Besluit*

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



verworpen.

## **BESLISSING**

**1. Het verzoek van de nv Artes Depret, de nv Agidens Infra Automation en de nv Victor Buyck Steel Construction, samen vormend een tm, tot tussenkomst wordt ingewilligd.**

**2. De Raad van State verwerpt de vordering.**

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

**De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 450 euro, elk voor een derde.**

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

Johan Bovin,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,

griffier.

**De griffier**

**De voorzitter**

**Greta Scheveneels**

**Johan Bovin**