



**LegalNews**  
**LegalLearning**

# **Overheidsopdrachten en concessies**

## **Overzicht van Nederlandstalige arresten**

### **Raad van State - januari 2021**



**Alexander Verschave**  
**Senior Associate, Equator**

## **Inhoudsopgave documentatie**

***(deze inhoudsopgave is interactief: als u een regel aanklikt, kan u rechtstreeks naar de betreffende pagina gaan)***

In deze reeks artikelen wordt een selectie van de Nederlandstalige rechtspraak met betrekking tot overheidsopdrachten en concessies besproken die verschenen is op de website van de Raad van State in de maand januari 2021.

### **Rechtspraak XIIe kamer Raad van State (Nederlandstalig)**

1. RvS 7 december 2020, nr. 249.165, NV Hooyberghs e.a. (UDN)
2. RvS 10 december 2020, nr. 249.180, NV Bruco Containers (UDN)
3. RvS 11 december 2020, nr. 249.207, NV Casino Kursaal Oostende (UDN)
4. RvS 14 december 2020, nr. 249.215, NV Orange Belgium (nietigverklaring)
5. RvS 14 december 2020, nr. 249.218, NV ABO (UDN)
6. RvS 28 december 2020, nr. 249.339, NV Verkeer Signalisatie & Elektronika (VSE) (UDN)
7. RvS 30 december 2020, nr. 249.384, NV Reprosol (UDN)
8. RvS 30 december 2020, nr. 249.385, NV Sign & Display

### **Niet besproken arresten – Rechtspraak XIIe kamer Raad van State (Nederlandstalig)**

## Rechtspraak XIe kamer Raad van State (Nederlandstalig)

RvS 7 december 2020, nr. 249.165, NV Hooyberghs e.a. (UDN) (klik [hier](#))

### **Gelijkheidsbeginsel – Belang bij het middel - Onduidelijkheid bestek**

In dit arrest stelde de Raad van State een schending vast van artikel 4 van de overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016 wat het gelijkheidsbeginsel in zich houdt voor wat betreft de interpretatie van het bestek.

Het betrof een opdracht voor werken die werd uitgeschreven door de dienstverlenende vereniging IGEAN voor wat betreft het ontwikkelen van een ontmoetingscentrum met woningbouw (design and build) voor de gemeente Stabroek. De opdracht werd in de markt geplaatst bij wijze van een mededingingsprocedure met onderhandeling.

De procedure bevond zich in het eindstadium, waarbij de BAFO's werden opgevraagd om tot gunning over te gaan. De offerte van verzoekende partij werd substantieel onregelmatig verklaard, namelijk omdat de offerte niet voldeed aan de minimale vereiste rond energieprestatie (ENE1). De opdracht werd uiteindelijk gegund aan een andere opdrachtnemer.

De verzoekende partij diende tegen die beslissingen, m.n. de beslissing tot onregelmatigverklaring, alsook de gunningsbeslissing en de beslissing tot niet-gunning, een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State. Daarbij ontwikkelde zij twee middelen. Enkel het tweede middel werd beoordeeld.

In het tweede middel werd een schending aangevoerd van de artikelen 4, 66, §1, 1°, en 83 van de overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016, alsook artikel 76 KB Plaatsing 2017 en van de bepalingen met betrekking tot de formele motivering (vervat in de rechtsbeschermingswet en de wet van 29 juli 1991) en een resem beginselen van behoorlijk bestuur. Het middel werd samengevat als volgt:

*“Doordat de verwerende partij met de bestreden beslissing de BAFO van de gekozen inschrijver regelmatig heeft verklaard en de opdracht op grond van vermelde BAFO aan de gekozen inschrijver heeft gegund;*

*Terwijl de BAFO van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig is en om die reden als nietig had moeten worden verworpen; dat de BAFO immers het door verwerende partij in de opdrachtdocumenten opgelegde maximumbudget van 4.700.000 euro voor het ontmoetingscentrum manifest overschrijdt, namelijk met een bedrag van circa. 270.000 euro; dat de BAFO van verzoekende partijen wel conform is aan vermeld bestekvereiste; dat de BAFO van de gekozen inschrijver derhalve een minimale bestekvereiste miskent, minstens dat zijn BAFO (i) hierdoor onvergelijkbaar is met de BAFO's van de andere inschrijvers, dat (ii) de gekozen inschrijver zich hierdoor een discriminerend voordeel toe-eigent en dat (iii) deze omstandigheid leidt tot concurrentievervalsing; dat verwerende partij haar eigen opdrachtdocumenten, alsook de gelijke behandeling der inschrijvers en de eerlijke mededinging heeft miskend door de BAFO van de gekozen inschrijver wel regelmatig te verklaren en op grond van die BAFO de opdracht aan de gekozen inschrijver te gunnen; Zodat de bestreden beslissing*

*de in het middel aangehaalde wettelijke en reglementaire bepalingen en beginselen schendt”*

Het middel zelf was dus niet gericht op het verhelpen van de substantiële onregelmatigheid, maar was gericht op de gelijkheid van de inschrijvers tijdens het indienen van de BAFO-offerte. In casu ging het over de interpretatie van het in de opdrachtdocumenten vermelde budget.

*“9. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze.*

*Deze bepaling bevestigt onder meer de toepassing van het transparantiebeginsel en het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers. De gelijkheid en transparantie die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, veronderstelt dat zij die voor gunning van de opdracht in aanmerking willen komen, van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offertes.*

*Ook bij het organiseren van de mededingingsprocedure met onderhandeling dient de verwerende partij het transparantiebeginsel en de gelijke behandeling van de inschrijvers te vrijwaren zoals die van toepassing zijn bij de gunning van overheidsopdrachten.*

*10. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de gekozen inschrijver het in de opdrachtdocumenten vermelde budget geïnterpreteerd blijkt te hebben als een louter indicatief budget nu haar BAFO het bedrag van 4.700.000 euro voor het ontmoetingscentrum en de omgevingsaanleg overschrijdt, met een bedrag van circa 270.000 euro. De overige twee inschrijvers, waaronder de verzoekende partijen, hebben het in de opdrachtdocumenten vermelde budget evenwel geïnterpreteerd als een absoluut maximum dat niet mag worden overschreden, wat hun, op het eerste gezicht, niet ten kwade lijkt te kunnen worden geduid.*

*(...)*

*11. De vraag of het budget van 4,7 miljoen euro voor het ontmoetingscentrum en de omgevingsaanleg al dan niet als een maximumbudget dient te worden beschouwd, lijkt op het eerste gezicht een essentieel gegeven, waarover bij alle inschrijvers van tevoren duidelijkheid diende te bestaan zodat zij er rekening mee konden houden bij het opstellen van hun BAFO's.*

*De verzoekende partijen wijzen er in hun verzoekschrift op het eerste gezicht bijgevolg terecht op dat, indien zij bij de voorbereiding van hun BAFO geweten hadden dat zij zich niet dienden te houden aan het opgelegde maximumbudget voor het ontmoetingscentrum, er bijvoorbeeld meer marge was om in het kader van de BAFO meer in te zetten op het vlak van kwaliteit en duurzaamheid – zeker indien het gaat om*

*een bijkomende prijsmarge van 270.000 euro – hetgeen alsdan ook een impact kon hebben op de beoordeling van de offertes in het licht van de gunningscriteria.*

12. *De vastgestelde onduidelijkheid in het bestek maakt de BAFO's op het eerste gezicht ook onvergelijkbaar.*

*Voor zover de tussenkomende partijen opmerken dat de optelling van de prijzen van enerzijds de sociale woningen en anderzijds het ontmoetingscentrum en de omgevingsaanleg, in het kader van het prijs criterium de vergelijking van de offertes wel mogelijk maakt, lijkt zij eraan voorbij te gaan dat de prijs niet het enig gunningscriterium vormt."*

De Raad van State oordeelt dan ook dat dergelijke onduidelijkheid de schending van artikel 4 van de overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016 tot gevolg heeft. Het middel werd ernstig bevonden en de bestreden beslissingen geschorst. Ook een opgeworpen exceptie kon dat niet vermijden. De Raad was aldaar wat volgt van oordeel:

*"15. (...) Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, zoals te dezen de verzoekende partijen, heeft in beginsel geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.*

*De verwerende partij en de tussenkomende partijen lijken eraan voorbij te gaan dat het tweede middel niet beperkt lijkt te zijn tot de grief dat de offerte van de gekozen inschrijver als substantieel onregelmatig had dienen te worden verworpen, maar er ook toe strekt aan te tonen dat artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en het transparantiebeginsel werden geschonden. Dit betreft een grief die er op het eerste gezicht toe strekt aan te tonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.*

*De hiervoor vastgestelde onregelmatigheden in de opdrachtdocumenten lijken minstens van aard om de gehele BAFO-fase aan te tasten.*

*(...)*

*In het geval de BAFO-fase wordt hervat, en aan de drie overgebleven inschrijvers de kans wordt gegeven een nieuwe BAFO in te dienen, lijkt het niet bij voorbaat uitgesloten dat de verzoekende partijen alsnog kans maken op de gunning van de opdracht.*

*De exceptie van gebrek aan belang bij het middel wordt verworpen."*

De Raad van State lijkt hier ook een pragmatische oplossing aan te reiken waardoor de procedure alsnog kan worden afgesloten (en waarbij deze niet geheel moet worden heropgestart) door te suggereren dat de gehele BAFO-fase wordt hernomen door de inschrijvers een kans te bieden een nieuwe BAFO in te dienen.

**Selectiecriteria - Onduidelijkheid bestek**

In dit arrest wees de Raad van State er in wezen op dat het niet aan de inschrijvers toekomt om bij een (vermeende) onduidelijkheid in de selectiecriteria naar hartenlust zelf te interpreteren.

De stad Antwerpen schreef een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp "Raamovereenkomst voor transport en verwerking van B-hout". Het bestek bepaalde het volgende aangaande de technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid van de inschrijver:

- "1) De inschrijver dient over de noodzakelijke exploitatievergunning te beschikken voor de periode 1 november 2020 tot en met 31 december 2022. Ingeval de duurtijd van de aanneming deze van de vergunning overschrijdt, zal de inschrijver tijdig maatregelen treffen om de verlen[g]ing of de hernieuwing te voorzien. Bij niet-naleving hiervan zullen de maatregelen van IV.9 van toepassing zijn;*
- 2) Er worden minimaal 3 referenties van de laatste 3 jaar gevraagd, met vermelding van hoeveelheden, datum en voor welke publiek- of privaatrechtelijke instanties ze bestemd zijn. Elke referentie beantwoordt minimaal aan de volgende waarde: minimum 10.000 ton op jaarbasis;*
- 3) Verklaring in welke installatie het hout zal worden verwerkt en waaruit blijkt welk duurzaam eindproduct hieruit voortkomt. Opgave van de capaciteit voor de installatie volgens de exploitatievergunning, (minimum 10.000 ton op jaarbasis) en minstens 3 voorbeelden van duurzame eindverwerking;*
- 4) Opgave van [het] tot de inschrijver behorende materiaal: minimum 3 beschikbare voertuigen en minimum 30 afzetcontainers van 40 m<sup>3</sup> en minimum 5 afzetcontainers van 20m<sup>3</sup>."*

Tijdens het selectieonderzoek wordt vastgesteld dat de verzoekende partij, inschrijver, niet voldoet aan de selectiecriteria. In het verslag werd het volgende opgenomen:

*"Bruco Containers nv heeft 3 referenties opgegeven. Hieruit kon niet worden afgeleid of de minimum waarde van 10.000 ton op jaarbasis op houtafvoer en -verwerking slagen. Er werd door de aanbestedende overheid meer informatie opgevraagd aangaande de diverse afvalstromen. Het antwoord hierop kon niet de nodige verduidelijking brengen zodat de aanbestedende overheid heeft beslist de offerte van Bruco Containers nv niet verder te beoordelen."*

De verzoekende partij meent echter dat haar offerte ten onrechte niet verder werd beoordeeld waardoor zij een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft ingediend bij de Raad van State.

Er werd een middel aangevoerd waarbij de schending van artikelen 4, 66 en 81 van de overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016 in werd aangevoerd, alsook de schending van de artikelen 65 en 68 van het KB Plaatsing 2017, alsook een resem beginselen.

De verzoekende partij betwist dat zij niet kon worden geselecteerd op grond van het feit dat uit de door haar voorgebrachte referenties niet kon worden afgeleid of de minimum waarde van 10.000 ton op jaarbasis betrekking had op houtafvoer en -verwerking. Met deze beoordeling heeft de verwerende partij volgens haar een voorwaarde toegevoegd aan de selectievereisten zoals die waren bepaald in het bestek. In het bestek werd immers enkel bepaald dat de inschrijvers drie referenties dienden voor te leggen van de laatste drie jaar die minimaal dienen te beantwoorden aan de vereiste waarde van 10.000 ton op jaarbasis. Er mocht niet plots worden beslist dat elke referentie uitsluitend betrekking diende te hebben op houtafvoer en -verwerking. Bovendien was de verzoekende partij ten overvloede van oordeel dat haar referenties sowieso gelijkaardig zijn. In het kader van de voorgelegde referenties heeft de verzoekende partij voor de betrokken opdrachtgevers containers ter beschikking gesteld waarin verschillende afvalstromen werden verzameld, waaronder hout en ramen en deuren, maar ook bouw- en sloopafval, glas, karton en gemengd afval.

De Raad van State volgde deze argumentatie echter niet:

*"11. In de omschrijving van het voormelde tweede selectiecriterium wordt het materiaal waarop het gewicht van 10.000 ton op jaarbasis betrekking moet hebben, niet uitdrukkelijk vermeld. De verzoekende partij lijkt het ontbrekende materiaal hier echter niet zomaar zelf te kunnen invullen met de term "diverse afvalstromen". Op het eerste gezicht lijkt met de verwerende partij en de tussenkomende partij immers te kunnen worden aangenomen dat daar waar in het bestek in de tweede en de derde selectievereiste met betrekking tot de technische bekwaamheid telkens vermeld wordt "minimum 10.000 ton op jaarbasis" deze minimale vereiste hoeveelheid in de beide gevallen slaat op houtafval. In de derde selectievereiste wordt wat de verwerking betreft immers ook uitdrukkelijk verwezen naar "het hout"."*

Een onduidelijke besteksbevestiging geeft dus geen aanleiding tot een vrijeleide voor de interpretatie ervan. De verzoekende partij had dan maar als inschrijver zijnde vragen moeten stellen aan de aanbestedende overheid, lijkt de Raad van State te alluderen.

Tenslotte wijst de Raad van State ook nog op het feit dat de aanbestedende overheid zelf over een discretionaire bevoegdheid beschikt voor wat betreft het al dan niet aanvaarden van referenties:

*"14. In de mate dat de verzoekende partij voorts aanvoert dat de verwerende partij ten onrechte haar referenties niet aanvaardde als referenties voor gelijkaardige werken, past het eraan te herinneren dat het in de eerste plaats aan de verwerende partij toekomt de voorgelegde referenties te beoordelen in het licht van de in het bestek vereiste referenties inzake technische bekwaamheid en dat zij ter zake over beoordelingsruimte beschikt. Voorts blijkt uit hetgeen hiervoor reeds werd uiteengezet, dat de tweede selectievereiste bepaalde dat de inschrijvers drie referenties van de laatste drie jaren dienden voor te leggen en deze inhield dat die betrekking dienden te hebben op houtafval met een minimale hoeveelheid van 10.000 ton per jaar."*

Het middel werd niet ernstig bevonden en de vordering werd verworpen.

**Concessie – Exclusief recht – Kansspelwet - Duurtijd concessie**

Dit arrest heeft betrekking op een vordering ingesteld tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Oostende van 16 oktober 2020 houdende de gunning van de concessie voor de exclusieve uitbating van een kansspelinrichting klasse I of casino op het grondgebied van de Stad Oostende. Het betrof een concessie van vijftien jaren (onder voorwaarden verlengbaar tot dertig jaren) voor de uitbating van het casino in Oostende.

Het gunnen van die concessie bleek geen evidentie. Tijdens de plaatsingsprocedure werden namelijk (met succes) meerdere procedures opgestart voor de Raad van State.<sup>1</sup> De Stad Oostende trachtte nu voor de derde maal de concessie te gunnen, doch opnieuw trok één van de inschrijvers naar de Raad van State.

Ditmaal werden er drie middelen aangevoerd.

Het eerste middel betreft de vermeende schending van de artikelen 25 en 37 van de Concessiewet, artikel III.11 van het Wetboek Economisch Recht, alsmede het mededingingsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Het middel wordt door de verzoekende partij samengevat als volgt:

*“Verwerende partij heeft de maximale looptijd van de concessie vastgesteld op 30 jaar. Ze heeft daarbij echter verzaakt aan haar verplichting om de looptijd van de concessie te beperken tot datgene dat voor de concessienemer noodzakelijk is om zijn investering met een redelijk rendement op het geïnvesteerde kapitaal terug te verdienen. De exploitatie van het casino te Oostende wordt ingevolge het door verwerende partij goedgekeurd bestek dan ook langer dan noodzakelijk en verantwoord is aan de mededinging onttrokken. Minstens heeft de verwerende partij eraan verzaakt om te onderzoeken of de looptijd van 30 jaar wel redelijk verantwoord is in het licht van de in artikel 37 Concessiewet [2016] gestelde vereisten.*

*Hierdoor schendt het Bestek de artikelen 25 en 37 van de Concessiewet [2016], het artikel III.11., tweede lid van het Wetboek Economisch Recht [...], alsmede het mededingingsbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel, zodat ook de op die onwettige bestekbepaling gesteunde gunningsbeslissing door die onwettigheid is aangetast.”*

In het eerste middel betwist de verzoekende partij dus in essentie de geldigheid van de gekozen maximale looptijd van de concessie. Deze bedroeg principieel vijftien jaren en kon

---

<sup>1</sup> RvS 21 februari 2019, nr. 243.771, NV Infinity Gaming; Bij arrest nr. 243.771 van 21 februari 2019 schorst de Raad van State de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 3 december 2018, in essentie omdat de verwerende partij de aanwijzingen die werden voorgelegd door de verzoekende partij dat de gekozen inschrijver mededingingsversturende handelingen zou hebben gesteld niet had onderzocht en had afgedaan als een loutere bewering van een inschrijver, hoewel aanwijzingen werden voorgelegd in de vorm van een proces-verbaal van vaststelling door een gerechtsdeurwaarder; RvS 31 juli 2020, nr. 248.100, NV Infinity Gaming; Bij arrest nr. 248.100 van 31 juli 2020 schorst de Raad van State de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 26 juni 2020, in essentie omdat het eindverslag van de deskundige niet samen met de gunningsbeslissing ter inzage van de inschrijvers was gegeven door de verwerende partij. De Raad van State oordeelde daarbij dat de inschrijvers afdoende kennis moeten kunnen nemen van de bevindingen van de deskundige om deze eventueel aan kritiek te kunnen onderwerpen voor de rechter.



deze – onder welbepaalde voorwaarde, m.n. de hernieuwing van een vergunning voor het uitbaten van het casino – worden verlengd voor een bijkomende periode van vijftien jaren.

De Raad van State wijst er bij de beoordeling van dit middel op dat de toepassing van de concessiewet in het onderhavige geval niet geïsoleerd mag worden bekeken, maar dat er ook rekening moet worden gehouden met de specifieke context.

*“12. (...) Het lijkt te dezen immers niet te gaan om de gunning van een zuivere concessieovereenkomst in de zin van de wet concessieovereenkomsten. De bestreden beslissing betreft immers de gunning van een concessie voor de exclusieve uitbating van een kansspelinrichting klasse I of casino, een concessievorm waarop naast de bepalingen van de wet concessieovereenkomsten en het wetboek economisch recht, ook – en zeker niet ondergeschikt – de bepalingen van de wet van 7 mei 1999 ‘op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers’ (hierna: kansspelwet) van toepassing zijn. Zulks blijkt overigens ook uit het bestek, dat ondubbelzinnig verwijst naar het van toepassing zijn van de kansspelwet op de gunning van de concessie.*

*Er bestaan binnen het kader van deze wet negen klassen van vergunningen en drie aanvullende vergunningen. De vergunning klasse A staat de exploitatie toe van een kansspelinrichting klasse I of casino. Opdat een vergunning klasse A zou mogen worden verleend, is vereist dat de gemeente waar het casino zal worden uitgbaat, een concessieovereenkomst sluit met de kandidaat-exploitant. De vergunning klasse A wordt verleend voor hernieuwbare periodes van vijftien jaar. Het te dezen eveneens van toepassing zijnde koninklijk besluit van 26 juni 2002 ‘betreffende de concessieovereenkomsten afgesloten tussen de gemeenten en de kandidaat-exploitanten van een kansspelinrichting klasse I’ legt in zijn artikel 14 overigens uitdrukkelijk een link tussen de duurtijd van de concessie en de kansspel vergunning klasse A.*

*In het licht van de bepalingen van de kansspelwet en het voornoemde koninklijk besluit, lijkt het feit dat de verwerende partij te dezen de concessieovereenkomst een initiële looptijd van 15 jaar heeft gegeven op het eerste gezicht geen miskennis van de door de verzoekende partij ingeroepen rechtsnormen te vormen. Deze termijn volgt immers rechtstreeks uit de wetgeving op de kansspelen. Het kan de verwerende partij niet ten kwade worden geduid, zo lijkt het, dat zij de looptijd van de concessie heeft willen laten samenvallen met de looptijd van de daarmee onlosmakelijk verbonden kansspel vergunning klasse A.”*

*(eigen onderlijning)*

Wat – bij de beoordeling van het eerste middel – echter wel opvalt, is dat er slechts zeer summier wordt ingegaan op de eenmalige verlengingsmogelijkheid van de concessie (die o.i. moeilijker te vereenzelvigen valt met de argumentatie zoals deze hierboven werd uiteengezet, nl. dat de (niet-verlengde) duurtijd van de concessie samenvalt met de duurtijd bedoeld in de kansspelwet en haar uitvoeringsbesluiten. De Raad vervolgt kort:

*“(…) Dat er werd voorzien in een voorwaardelijke eenmalige verlengingsmogelijkheid van de concessie, lijkt op het eerste gezicht niet tot een ander besluit te leiden en vormt prima facie evenmin een disproportionele inbreuk op de mededinging.”*

Het eerste middel werd aldus niet ernstig bevonden.

De overige middelen worden niet besproken, omwille van hun feitelijkheden en vooral omdat de Raad van State aldaar van oordeel was dat de middelen veeleer feitelijke grondslag misten. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd dan ook verworpen.

RvS 14 december 2020, nr. 249.215, NV Orange Belgium (nietigverklaring) (klik [hier](#))  
**Gunningscriteria – Subgunningscriteria - Beoordelingselementen - Gelijkheidsbeginsel en  
transparantieplichting**

Dit arrest kan spraakmakend worden genoemd. Dit mede gelet op het procedureverloop. De procedure zelf had betrekking op een overheidsopdracht uitgeschreven door het Agentschap Facilitair Bedrijf van de Vlaamse Overheid met als voorwerp een raamovereenkomst van zeven jaar voor 'telecommunicatiediensten ten behoeve van de Vlaamse overheid, lokale en provinciale besturen'.

De opdracht werd gegund middels een onderhandelingsprocedure met bekendmaking (onder het regime van de wet van 15 juni 2006 inzake overheidsopdrachten). De opdracht werd finaal gegund in 2018.

Tegen die gunningsbeslissing werd er een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld, welke werd verworpen bij het arrest nr. 242.179 van 3 augustus 2018.

Tijdens het annulatieprocedure ontwikkelde de verzoekende partij een nieuw middel, op basis van de stukken waartoe zij inzage heeft gekregen in het administratief dossier. Het betrof een document waarin er beoordeeld werd op basis van de (vermeende) beoordelingselementen die eveneens in het bestek terug waren te vinden. De verzoekende partij was echter van oordeel dat het subgunningscriteria betrof en dat zij – indien zij het gewicht van die criteria op voorhand had geweten – haar offerte op een andere wijze zou hebben opgesteld.

De Raad van State oordeelt als volgt:

*“13. Als subgunningscriteria moeten worden beschouwd gegevens die dienstig zijn om in het aangeboden een onderscheid te maken en die aldus een maatstaf bij een beoordeling van een gunningscriterium zijn.*

*Om een subgunningscriterium te kunnen onderscheiden van de in het kader van de motiveringsplicht vereiste vermelding van gunstige of minder gunstige elementen die de beoordeling van een gunningscriterium ondersteunen, moet het gaan om een voorafgaand aan de toetsing bedacht gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken of om een enigszins planmatige toetsing.*

*14. Het eerste middel komt in essentie hierop neer dat geen bewijs voorligt dat de beoordelingsmethode voorafgaand aan de opening van de offertes werd vastgesteld. Daarentegen betoogt de verwerende partij dat de beoordelingsmethode wel degelijk voorafgaand aan de opening van de (eerste) offertes werd vastgesteld. Zij verwijst hiervoor naar het document 'Gunningscriteria\_evaluatieschema\_Telecom2018' waarin "de afspraken betreffende evaluatie perceel 1, 2, 3, 4 zijn opgenomen", en dat deel uitmaakt van het dossier zoals voorgelegd aan de Inspectie van Financiën bij de goedkeuring van het bestek (stuk 10b van het administratief dossier). Deze afspraken stemmen volgens de verwerende partij overeen met de beoordelingsmethode die is*

opgenomen in het gunningsverslag, namelijk voor het criterium kwaliteit een analyse van de min- of meerwaarden/de plus- en minpunten.

In dit document wordt op het eerste tabblad onder 'puntentoekening evaluatiecriteria deel B kwaliteit' vermeld:

Puntentoekening evaluatiecriteria deel B kwaliteit	Quotering
Criterium is conform zonder min- of meerwaarde	50%
Criterium biedt meerwaarde t.o.v. basis	Aantal % in meer in functie van de meerwaarde
Criterium wijkt af met minwaarde t.o.v. basis	Aantal % in min in functie van de minwaarde

Op het tweede en derde tabblad wordt zowel onder 'scores perceel 1' als onder 'scores perceel 2', 'gunningscriteria/evaluatieschema', het gunningscriterium kwaliteit nader onderverdeeld als volgt:

	Beoordelingsdocument	Weging
B. Kwaliteit		55

*B.1. Dienstencatalogus – geboden dienstverlening (exploitatie) 30*

1.	Communicatiediensten	Dienstencatalogus deel Communicatiediensten	10
2.	Projectorganisatie (planning, bestraffing,...) na initiële transitie	Dienstencatalogus deel Transitie	5
3.	Invulling Diensten beheer en ondersteuning	Document 'vereisten ondersteunende processen'	4
4.	Functionaliteit portaal	Dienstencatalogus deel Portaal	3
5.	Beveiliging van het netwerk en de netwerkdiensten en bescherming privacy gebruikers	Dienstencatalogus deel Beveiliging	2
6.	Redundantie in de infrastructuur van de dienstverlener en in koppeling met derden	Dienstencatalogus deel Redundantie	2
7.	Business Continuity maatregelen voor het Bestuur	Dienstencatalogus deel Business Continuity	2
8.	Duurzaamheid	Dienstencatalogus deel Duurzaamheid	2

*B.2. SLA en SLA-rapportering 20*

1.	Initiële transitie	Document SLA	2
2.	Generieke bepalingen	Document SLA	2
3.	Service indicatoren – vereiste indicatoren waarvoor hogere waarden worden gegeven	Document SLA	3
4.	Service indicatoren – aanbevolen indicatoren waarvoor hogere waarden worden gegeven	Document SLA	2
5.	Service indicatoren – optionele indicatoren waarvoor hogere waarden worden gegeven	Document SLA	1

*B.3. Dienstencatalogus – projectorganisatie initiële transitie 10*

1.	Projectorganisatie (doorlooptijd, kwaliteit, effort Bestuur, planning, bestraffing,...) tijdens initiële transitie	Dienstencatalogus deel Transitie	6
2.	Exit (project) Management	Dienstencatalogus deel Exit	4

*B.4. Kwaliteit van de extra aangeboden diensten 5*

	Dienstencatalogus optioneel deel	5
--	----------------------------------	---

Totaal		100
--------	--	-----

Het derde tabblad bevat bovendien een scoretabel waarin voor alle aanbieders per criterium een individuele score kan worden ingevuld.

*Uit een vergelijkende lezing van de tekst van de omschrijving van de gunningscriteria zoals opgenomen in het bestek en de tekst van het voormelde evaluatieschema, blijkt dat de invulling van de gunningscriteria met de voornoemde elementen gelijklopend zijn. De in het bestek opgesomde vier elementen ter beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit – in het gunningsverslag “groepen van beoordelingselementen” genoemd – worden in het voormelde evaluatieschema overgenomen, onder de nummers B.1 tot B.4, met dit verschil dat de elementen opgesomd onder B.1 thans exhaustief zijn opgesomd, terwijl het woord “zoals” in het bestek wijst op een niet-limitatieve opsomming, en dat nu voor elke “groep” (B1, B2, B3, B4) een afzonderlijke en verschillende weging in punten wordt toegevoegd, namelijk 30, 10, 10 en 5, en de elementen B1, B2 en B3 bovendien nog nader worden onderverdeeld in diverse elementen met een afzonderlijke en verschillende weging. De voornoemde beoordelingselementen kunnen weliswaar uit het bestek kunnen worden afgeleid, doch zulks geldt niet voor het hanteren ervan op een dergelijke planmatige en systematische wijze, en evenmin voor een dergelijke afzonderlijke weging.” (sic.)  
(eigen onderlijning)*

De Raad nuanceert het standpunt ook echter wel nog in het volgende randnummer (wat een tweede randnummer 14 draagt in het arrest):

*“14. (...) Indien in het bestek geen afzonderlijke weging wordt toegekend aan de subgunningscriteria (en de sub-subgunningscriteria) van een gunningscriterium, mag worden verondersteld dat de aanbestedende overheid aan deze criteria een gelijke waarde heeft toegekend. Terecht merkt de verzoekende partij bijgevolg op dat indien zij bij de voorbereiding van haar offerte kennis zou hebben gehad van deze subgunningscriteria en hun afzonderlijke, niet gelijke weging, dit de redactie ervan zou hebben kunnen beïnvloed en zij aldus een meer economisch voordelige offerte had kunnen indienen. Het is immers logisch dat een inschrijver bij het indienen van een offerte keuzes dient te maken op grond van de besteksvereisten, en in functie van de scores voorrang geeft aan het aanbieden van bepaalde producten of diensten.”*  
(eigen onderlijning)

Op basis van het voorgaande komt de Raad van State tot de conclusie dat er in het voorliggende geval sprake is van een opdeling van het gunningscriterium kwaliteit in vier subgunningscriteria en zestien sub-subgunningscriteria, met elk een afzonderlijke weging, die niet in het bestek of in de aankondiging van de opdracht waren opgenomen, waardoor het gelijkheids- en transparantiebeginsel werd geschonden. De Raad vervolgt:

*“15. (...) Deze vaststellingen zijn van aard om de gehele gunningsprocedure aan te tasten zodat hieruit volgt dat niet langer vaststaat dat de opdracht werd gegund aan de meest voordelige inschrijver.”*

De Raad van State is aldus overgegaan tot het vernietigen van de genomen gunningsbeslissing door de Vlaamse Gemeenschap.

**Procedure wegens abnormale prijzen – Prijs- en kostenonderzoek**

De Raad van State verduidelijkt (en bevestigt haar rechtspraak) dat bij een opdracht voor diensten de aanbestedende overheid over een aanzienlijke beoordelingsruimte beschikt voor het al dan niet opstarten van de procedure wegens abnormale prijzen. Meer bepaald verduidelijkt de Raad dat in die beoordeling er ook rekening mag worden gehouden met de specificiteit van de opdracht.

De opdracht in casu betrof een overheidsopdracht voor diensten uitgeschreven door de Stad Leuven (optredend als aankoopcentrale) met als voorwerp een raamovereenkomst 'staalname asbest, asbestinventaris en sloopopvolgingsplan.'. Het betreft voorts het maken van een asbestinventaris en/of sloopopvolgingsplan met advies hergebruik. Occasioneel kan worden gevraagd om een staalname van mogelijk asbesthoudende materialen te analyseren van een lopende werf van de studiedienst gebouwen.

De opdracht werd gegund bij wijze van openbare procedure en werd geraamd op 212.234 euro, btw inbegrepen. De opdracht werd uiteindelijk gegund aan de cv Abesco tegen het nagerekend bedrag van 63.939,43 euro, btw inbegrepen.

De verzoekende partij, NV ABO, had tevens een offerte ingediend, zij het tegen een hogere prijs en was van oordeel dat de aanbestedende overheid de procedure wegens abnormale prijzen diende op te starten, op basis waarvan zij een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid opstartte. De Raad van State volgde de verzoekende partij echter niet:

*“10. Een aanbestedende overheid beschikt voor het al dan niet opstarten van de procedure wegens abnormale prijzen over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Deze beoordelingsruimte lijkt breder wanneer het, zoals bij de in het geding zijnde opdracht, gaat om “intellectuele diensten” die voor een inschrijver een ruime marge bij de prijszetting lijken te bieden.*

*De Raad van State mag, gesteld voor de toetsing van de beoordeling van de motieven van een aanbestedende overheid om prijzen al dan niet als abnormaal te beschouwen en om al dan niet een prijsverantwoording te vragen, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van die van het bestuur. Het komt aan de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven van dat onderzoek naar behoren zijn bewezen en of de beoordeling van het bestuur met de vereiste zorgvuldigheid en binnen de perken van de redelijkheid is geschied.*

*(...)*

*14. (...)*

*Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een schijnbaar abnormale prijs, lijkt voorts ook rekening te mogen worden gehouden met de specificiteit van de opdracht. In dit verband dient te worden vastgesteld dat het te dezen een opdracht voor intellectuele dienstverlening betreft, waarbij aanzienlijke prijsverschillen vaak voorkomen.”*

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd dan ook verworpen.

RvS 28 december 2020, nr. 249.339, NV Verkeer Signalisatie & Elektronika (VSE) (UDN) (klik [hier](#))

**Prijsverduidelijking – Prijs- en kostenonderzoek – Zuiver materiële fout - Abnormale prijs - Substantiële onregelmatigheid**

De Raad van State duidt de plaats van een vraag tot “prijsverduidelijking” in het licht van het nazicht van de offertes in het onderscheid tussen het rekenkundig nazicht (etappe 1) en het prijsonderzoek (etappe 2). De Raad van State licht toe dat de “prijsverduidelijking” die gehouden werd zich situeert binnen die tweede etappe, namelijk binnen het prijsonderzoek.

Deze vraag was aan de orde bij een overheidsopdracht uitgeschreven door het Agentschap Wegen en Verkeer in naam van en voor het Vlaamse Gewest met als voorwerp “Leveren, plaatsen, uitbreiden en vernieuwen van wegverlichting, inwendig verlichte signalisatie en voedingsinstallaties langs gewest- en autosnelwegen in Vlaanderen.”

De opdracht werd gegund met een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

De offerte van de verzoekende partij werd geweerd omwille van substantieel onregelmatig omwille van abnormale prijzen. De verzoekende partij voert echter aan dat zij zich vergist had bij het inschrijven en verkeerdelijk een foutieve prijs had opgegeven. Zij gaf dit ook aan in haar antwoord op een vraag om “prijsverduidelijking”.

De verzoekende partij was van oordeel dat daarom van oordeel dat het agentschap deze fout diende te corrigeren, waardoor haar offerte niet als substantieel onregelmatig kon worden aangemerkt.

Zij stelde een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid in, het oordeel van de Raad luidde als volgt:

*“8.1. Wat het eerste onderdeel betreft, lijkt de verzoekende partij ervan uit te gaan dat de vraag om “prijsverduidelijking” kadert in het rekenkundig nazicht van de offerte overeenkomstig het hierboven aangehaalde artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.*

*Dit uitgangspunt vooronderstelt op het eerste gezicht dat de aanbestedende overheid een rekenfout of zuiver materiële fout heeft vastgesteld maar de werkelijke bedoeling van de inschrijver niet voldoende duidelijk heeft gehakt.*

*De inhoud van de bestreden beslissing lijkt een dergelijke invalshoek niet te ondersteunen.*

*Er lijkt immers te moeten worden vastgesteld dat de vraag om “prijsverduidelijking” zich situeert binnen het prijsonderzoek overeenkomstig het eveneens hierboven aangehaalde artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waarnaar in de bevraging van 23 september 2020 overigens wordt verwezen en niet in*

het rekenkundig nazicht, dat krachtens artikel 33 van hetzelfde besluit voorafgaat aan het prijsonderzoek.

Het gunningsverslag van 5 november 2020 vermeldt aldus onder punt 4.1 “Onderzoek van de regelmatigheid (art. 83 Wet 2016 en art. 76 KB Plaatsing 2017)” dat er geen wijzigingen of verbeteringen voorgesteld of aangebracht werden. Voor het eerst onder punt 4.1.6 “Prijs- of kostenonderzoek” wordt de vraag om “prijsverduidelijking” te berde gebracht en de toelichting bij de litigieuze post 383 nader beoordeeld.

De opmaak van het gunningsverslag doet er aldus niet van blijken dat de aanbestedende overheid een rekenfout of een zuiver materiële fout zou hebben gedetecteerd of vermoed in het kader waarvan zij de verzoekende partij om verduidelijking zou hebben verzocht overeenkomstig het voormelde artikel 34. Anders dan de verzoekende partij dat lijkt te zien, blijkt uit de integrale lezing van het punt 4.1.6 “Prijs- of kostenonderzoek” van het gunningsverslag dat de verwerende partij onder meer voor de eenheidsprijs opgegeven voor de post 383 een aanzienlijke afwijking van de raming had vastgesteld. De vraag om “prijsverduidelijking” van 23 september 2020 lijkt zich dan ook te situeren binnen het in het voormelde artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bedoelde prijsonderzoek.

Ten onrechte lijkt de verzoekende partij derhalve de gevolgen die de aanbestedende overheid hecht aan de toelichting van 6 oktober 2020 van de verzoekende partij te betrekken op het lot van de beweerde zuiver materiële fout.

In die context lijkt het dan zeker niet verplicht voor de aanbestedende overheid om formeel te motiveren waarom zij zou hebben geoordeeld – alvast volgens de verzoekende partij – dat van een zuiver materiële fout geen sprake was.”

(eigen onderlijning)

Volgens verzoekende partij bewijst dat dan net dat er zich mogelijk een zuiver materiële fout heeft voorgedaan.

“8.2. In zoverre de verzoekende partij de vraag om “prijsverduidelijking” van 23 september 2020 zou aanwenden als bewijs dat de aanbestedende overheid de beweerde zuiver materiële fout wel degelijk had opgemerkt of had moeten opmerken, kan zij niet worden bijgevallen.

Met het begrip “zuiver materiële fout” is een verschrijving of vergissing bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals uitschrijven, invullen en overbrengen van cijfergegevens. Het betreft dus fouten waaromtrent nauwelijks discussie is.

Daarnaast houdt de verbetering van een ontdekte materiële fout een essentiële wijziging van de offerte in, te dezen van de prijs. Het begrip zuiver materiële fout vereist dan ook een strikte interpretatie.



*Ten slotte moet worden benadrukt dat bij het antwoord op de vraag of er sprake is van een rekenfout of zuiver materiële fout in de zin van het voormelde artikel 34 de aanbestedende overheid een beoordelingsruimte heeft om uit te maken of er in het licht van de omstandigheden sprake is van een zuiver materiële fout en of al dan niet duidelijk is wat de werkelijke bedoeling van de inschrijver was bij het begaan van de fout. Het komt daarbij niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen. Hij kan desgevraagd wel nagaan of de aanbestedende overheid bij deze beoordeling de perken van de zorgvuldigheid en redelijkheid niet te buiten is gegaan, en of de beslissing op aanvaardbare motieven is gesteund.”*

*(eigen onderlijning)*

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd dan ook verworpen.

RvS 30 december 2020, nr. 249.384, NV Reprosol (UDN) (klik [hier](#))

**Ondertekening offerte – Substantiële onregelmatigheid – Nieuw WVV**

De Vlaamse Gemeenschap schreef een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp een raamovereenkomst van drie jaar voor het “leveren en plaatsen van binnensignalisatie en glasfolies”, middels een openbare procedure.

De Vlaamse Gemeenschap trad daarbij op als aankoopcentrale en ramade de maximale waarde van de totale raamovereenkomst (over de gehele looptijd) op 6.523.781,25 EUR, excl. BTW. De opdracht zou uiteindelijk worden gegund aan een prijs die ongeveer 26% lager lag dan deze raming.

Met betrekking tot de indiening van de offerte werd in het bestek het volgende gestipuleerd:

*“2.6.3 Ondertekening van offertes*

*De inschrijver wordt er op gewezen dat zijn offerte, overgelegd via e-tendering, elektronisch ondertekend moet worden met een geldige gekwalificeerde elektronische handtekening.*

*Een gescande handtekening is onvoldoende!*

*De elektronische handtekening dient te worden geplaatst op het indieningsrapport in e-tendering.*

*Deze elektronische handtekening moet uitgaan van de perso(on)n(en) die bevoegd of gemachtigd is/zijn om de inschrijver te verbinden. De inschrijver voegt tevens de nodige documenten toe waaruit de bevoegdheid blijkt om de onderneming te verbinden (zie 2.5.4) [...]”*

De offerte van de verzoekende partij werd onregelmatig verklaard omdat de offerte niet correct ondertekend bleek. De offerte werd namelijk ondertekend door één van de zaakvoerder/bestuurder van de inschrijver. Uit de statuten bleek echter dat de onderneming enkel (rechtsgeldig) kon worden verbonden door de gedelegeerd bestuurder alleen of door twee bestuurders.

De verwerende partij besloot dus tot de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij, inschrijver en dit mede met verwijzing naar de artikelen 42 tot en met 44 van het KB Plaatsing 2017. In het gunningsverslag werd daaromtrent het volgende opgenomen:

*““Het indieningsrapport werd niet ondertekend door de hiervoor bevoegde personen. Volgens de statuten kan de inschrijver enkel rechtsgeldig ten aanzien van derden verbonden worden door middel van een gedelegeerd bestuurder die alleen optreedt of twee bestuurders die gezamenlijk optreden. In dit geval ondertekende slechts één bestuurder het indieningsrapport. Derhalve is de offerte substantieel onregelmatig overeenkomstig art. 76, §1, lid 4, 2° KB Plaatsing.”*

De verzoekende partij vocht dan ook deze beslissing waarbij haar offerte onregelmatig werd verklaard aan middels een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

De verzoekende partij ontwikkelde een middel waarbij de schending van artikel 2.6.3 van het bestek werd aangevoerd, alsook de artikelen 7.93, 7.94 en 7:108 WVV en de klassiekers (nl. een opsomming van de beginselen van behoorlijk bestuur).

De Raad van State beoordeelde het middel als volgt:

*“7. De artikelen 43 en 44 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 – koninklijk besluit dat op de in het geding zijnde overheidsopdracht van toepassing is en dat overigens in het bestek uitdrukkelijk van toepassing is verklaard – luiden:*

*“Art. 43. §1. Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, moet het in artikel 42 bedoelde indieningsrapport ondertekend worden door middel van een gekwalificeerde elektronische handtekening.*

*Art. 44. §1. De in artikel 43 bedoelde handtekeningen worden afgeleverd door de perso(en) die bevoegd of gemachtigd is/zijn om de inschrijver te verbinden.*

*[...]*

*§2. Als de ondertekening van het indieningsrapport gebeurt door een gemachtigde, vermeldt hij duidelijk zijn volmachtgever of volmachtgevers.*

*De gemachtigde voegt de elektronische authentieke of onderhandse akte toe waaruit zijn bevoegdheid blijkt of een scan van het afschrift van zijn volmacht.*

*[...].”*

*Dit wordt ook uitdrukkelijk opgenomen in de artikelen 2.5.4 en 2.6.3 van het bestek, zoals weergegeven sub randnummer 3.3.*

*Artikel 76, §1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:*

*“De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn.*

*De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn.*

*Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.*

*De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :*

*1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;*

*2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, eerste lid, 54, § 2, 55, 83 en 92 van dit besluit en in artikel 14 van de wet, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;*

*3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.”*

*Overeenkomstig artikel 76, § 3, van hetzelfde besluit verklaart de aanbestedende overheid, wanneer wordt gebruikgemaakt van een openbare procedure, zoals te dezen, de substantieel onregelmatige offerte nietig. Anders dan de verzoekende partij het lijkt te zien, dient zij daarbij niet te onderzoeken of de offerte van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing aanleiding geeft, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes verhindert, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht uit te voeren onder de gestelde voorwaarden onbestaande, onvolledig of onzeker zou maken. Integendeel, wanneer een offerte behept is met een onregelmatigheid zoals bedoeld in het voormelde artikel 76, § 1, beschikt de aanbestedende overheid over geen enkele beoordelingsruimte en is zij verplicht deze offerte nietig te verklaren.*

(...)

9. Voor zover de verzoekende partij eveneens de schending aanvoert van de in het middel aangehaalde beginselen en de artikelen 7:93, 7:94 en 7:108 WvV, en daarbij uitvoerig verwijst naar rechtsleer betreffende vennootschapsrechtelijke kwesties, lijkt dit middel zich op het eerste gezicht niet te lenen tot een onderzoek in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Het hierna volgende onderzoek is dan ook beperkt tot wat zich in het betoog van de verzoekende partij *prima facie* als duidelijke grieven aandient. Ook het respect voor de rechten van de verdediging vereist dat de vaak onsamenhangende uiteenzetting van de verzoekende partij begrepen wordt zoals de aangevoerde grieven op het eerste gezicht in hun essentie kunnen worden begrepen en zoals de verwerende partij ze heeft kunnen begrijpen.

Zoals de verwerende partij terecht aanvoert, komt het aan de verzoekende partij toe om de vennootschapswetgeving na te leven. Indien zij dit niet doet, dan kan zij niet aan de verwerende partij ten kwade duiden dat deze heeft geoordeeld op grond van de documenten die de verzoekende partij zélf voorlegde.

(...)

10. Bovendien lijkt de uiteenzetting van de verzoekende partij waarbij zij aanvoert dat uit artikel 11, laatste lid, van de statuten en de invoering van het nieuwe WvV zou volgen dat de statutaire meerhandtekeningsclausule ongeldig zou zijn, op het eerste gezicht juridisch niet correct. De statuten van 4 november 1994 van de verzoekende partij lijken immers, wat de vertegenwoordigingsbevoegdheid betreft, op het eerste gezicht eveneens aan het nieuwe WvV te voldoen.

Artikel 7:85 WvV bepaalt dat de raad van bestuur in beginsel optreedt als een collegiaal orgaan, dat overeenkomstig artikel 7:93, § 2, WvV bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen jegens derden met inbegrip van de vertegenwoordiging in rechte. De statuten kunnen aan een of meer bestuurders de bevoegdheid verlenen om de vennootschap alleen of gezamenlijk te vertegenwoordigen. Artikel 7:94 WvV bepaalt dat de vennootschap is verbonden door de handelingen van de raad van bestuur, van de bestuurders en van de personen aan wie het dagelijks bestuur is opgedragen die overeenkomstig artikel 7:93, § 2, de bevoegdheid hebben om haar te vertegenwoordigen, zelfs indien die handelingen buiten haar voorwerp liggen, tenzij de vennootschap bewijst dat de derde daarvan op de hoogte was of er, gezien de omstandigheden, niet onkundig van kon zijn.

Dat de clausule in artikel 11 van de statuten waarbij de vertegenwoordigingsbevoegdheid middels de één- en meerhandtekeningsclausule wordt toevertrouwd aan de gedelegeerd bestuurder alleen optredend of aan twee bestuurders gezamenlijk optredend, momenteel geen verbetering zou inhouden en dus geen nuttige afwijking zou vormen ten opzichte van de wettelijke regeling, lijkt niets af te doen aan de geldigheid van deze clausule, evenmin als de omstandigheid dat het bestuur van de verzoekende partij momenteel niet in overeenstemming met de statuten zou zijn samengesteld. Dat de verzoekende partij de intentie had om haar

*statuten te wijzigen en dat de bestuurders dit al “onderling overeengekomen” zouden zijn, doet uiteraard niets af aan de geldigheid van de statutaire bepalingen zoals deze volgens de geëigende procedure zijn vastgesteld en bekendgemaakt.*

*11. De theoretische beschouwingen in het verzoekschrift over de ontwikkeling en de codificatie van het begrip “dagelijks bestuur” in het nieuwe wetboek lijken op het eerste gezicht evenmin relevant.*

*(...)*

Artikel 7:94 van het WvV, nl. dat de vennootschap verbonden is door de handelingen van de raad van bestuur, bestuurders, ... (en daaruit afgeleid wordt dat dit ook kan wanneer zij buiten mandaat optreden, cf. statuten), verhindert niet dat er bij ondertekening van offertes bij overheidsopdrachten toepassing moet worden gemaakt van artikel 76, juncto 44 van het KB Plaatsing 2017 indien blijkt dat de bestuurder optreedt buiten zijn mandaat.

De vordering van verzoekende partij werd aldus verworpen.

RvS 30 december 2020, nr. 249.385, NV Sign & Display (UDN)(klik [hier](#))

**Prijs- en kostenonderzoek – Prijs ten opzichte van het geraamde bedrag – Raamovereenkomst**

De Vlaamse Gemeenschap schreef een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp een raamovereenkomst van drie jaar voor het “leveren en plaatsen van binnensignalisatie en glasfolies”, middels een openbare procedure.

De Vlaamse Gemeenschap trad daarbij op als aankoopcentrale en ramade de maximale waarde van de totale raamovereenkomst (over de gehele looptijd) op 6.523.781,25 EUR, excl. BTW. De opdracht zou uiteindelijk worden gegund aan een prijs die ongeveer 26% lager lag dan deze raming.

De verzoekende partij vocht de gunningsbeslissing aan middels een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

De verzoekende partij trachtte aan te tonen dat de verwerende partij geen grondig prijsonderzoek had gevoerd en dat de offerte van de gekozen inschrijver behept zou zijn met abnormale prijzen. De verzoekende partij wees erop dat er een aanzienlijk prijsverschil bestaat tussen de offertes die door de verwerende partij aan een algemeen kosten- en prijsonderzoek werden onderworpen met toepassing van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De totale prijs van de offerte van de gekozen inschrijver bedraagt voor elk van de drie percelen ongeveer 58% van de prijs van de offerte van de verzoekende partij. De offerte van de gekozen inschrijver wijkt ook aanzienlijk af van het geraamde bedrag van 6.523.781,25 euro voor de drie percelen gezamenlijk (26% lager), terwijl de prijs van de offerte van de verzoekende partij in lijn ligt van dit bedrag.

De Raad van State liet hierover het volgende opmerken in haar beoordeling:

*“20. De Raad van State mag, gesteld voor de toetsing van de beoordeling van de motieven van een aanbestedende overheid om prijzen al dan niet als abnormaal te beschouwen en om al dan niet een prijsverantwoording te vragen, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Een aanbestedende overheid beschikt bij het al dan niet opstarten van de procedure van abnormale prijzen immers over een ruime beoordelingsruimte. Het komt de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven van dat onderzoek naar behoren zijn bewezen en of de beoordeling van het bestuur de perken van de zorgvuldigheid niet te buiten is gegaan.*

*21. Te dezen wordt in elk geval van de gunningsverslagen per perceel, die integraal deel uitmaken van de bestreden gunningsbeslissingen, met betrekking tot het prijsonderzoek het volgende weergegeven:*

*“C.2.6 Prijs- of kostenonderzoek (art. 35 KB Plaatsing)*

*De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek conform art. 35 KB Plaatsing.*

*In het kader van het prijsonderzoek vroeg de aanbestedende overheid (per e-mail, dd. 01/10/2020) beide inschrijvers om een toelichting van hun prijszetting te bezorgen (uiterlijk 09/10/2020), zodat ze een beter zicht kon krijgen op de wijze waarop de*

*inschrijvers hun prijzen hebben samengesteld. De prijzen van de inschrijvers waren uiteenlopend, waardoor de aanbestedende overheid meer zicht wilde hebben op de wijze waarop deze prijzen vorm gekregen hadden.*

*Beide inschrijvers hebben daarop een overzicht bezorgd met inbegrip van de inbegrepen prijselementen en hun aandeel in de ingediende eenheidsprijzen.*

*Uit het prijs- of kostenonderzoek blijkt bijgevolg dat er geen prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal hoog of laag lijken. De prijzen van de inschrijvers verschillen dan wel van elkaar, maar inzicht in de prijsopbouw, waaronder de winstmarges, productie- en grondstofkosten, van beide inschrijvers heeft er niet toe geleid te concluderen dat de offerteprijzen, op postniveau en globaal niveau, schijnbaar abnormaal zijn. Bijgevolg wordt geen van de inschrijvers onderworpen aan een verdere prijs- of kostenbevraging.”*

*In het gunningsverslag wordt bijgevolg uitdrukkelijk vermeld dat een prijsonderzoek werd gevoerd in de zin van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en dat daarbij geen schijnbaar abnormale totaalprijzen of eenheidsprijzen werden vastgesteld.*

22. *In de mate dat de verzoekende partij op de eerste plaats verwijst naar het feit dat de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver aanmerkelijk lager ligt dan het geraamde bedrag van de opdracht, moet met de verwerende partij en de tussenkommende partij worden vastgesteld dat in het bestek uitdrukkelijk wordt vermeld dat “[d]e maximale waarde van de totale raamovereenkomst (over de ganse looptijd) wordt bepaald op € 6.523.781,25 exclusief BTW”, en de aanbestedende overheid de inschrijvers erop wijst “dat bij de bepaling van de vermelde maximale waarde niet is uitgegaan van de vermoedelijke hoeveelheden die in de inventaris zijn opgenomen en deze maximale waarde bijgevolg geen indicatie vormt voor het offertebedrag waarmee kan worden ingeschreven”.*

*In de context van een opdracht voor een raamovereenkomst lijkt een dergelijk maximaal geraamd bedrag in het bestek op het eerste gezicht niet dienend als objectief referentiepunt voor de beoordeling van het abnormaal karakter van de inschrijvingsprijzen.”*

*(eigen onderlijning)*

Het middel werd dus niet ernstig bevonden door de Raad van State. Daarnaast werd er nog een ander ontwikkeld, dat echter uitging van een verkeerd feitenrelaas. Omwille daarvan werd dat middel niet besproken. De vordering van verzoekende partij werd verworpen.

## Niet besproken arresten

### Rechtspraak XIIe kamer Raad van State (Nederlandstalig)

- RvS 1 december 2020, nr. 249.102, NV Sandoz (UDN) – Discussie omtrent de interpretatie van het bestek – Discussie omtrent delegatie aanbestedende dienst – vordering verworpen;
- RvS 10 december 2020, nr. 249.181, BV RDR Infra (nietigverklaring) – Afstand van geding;
- RvS 10 december 2020, nr. 249.182, BV Antwerps Architecten Aterlier (UDN) – Intrekking van de bestreden beslissing – vordering verworpen
- RvS 11 december 2020, nr. 249.204, NV Biogen Belgium (UDN) – Discussie omtrent de interpretatie van het bestek – vordering verworpen;
- RvS 16 december 2020, nr. 249.254, BV Welrent (UDN) – Intrekking van de bestreden beslissing – vordering verworpen;
- RvS 22 december 2020, nr. 249.294, NV Aannemingsbedrijf Aertssen en NV Algemene ondernemingen Soetaert (UDN) – Intrekking van de bestreden beslissing – vordering verworpen;
- RvS 22 december 2020, nr. 249.295, NV Willems (UDN) – Intrekking van de bestreden beslissing – vordering verworpen;
- RvS 24 december 2020, nr. 249.332, NV Bioterra (UDN) – Discussie omtrent de interpretatie van het bestek – vordering verworpen;
- RvS 7 januari 2021, nr. 249.414, BVBA YES (nietigverklaring) – Verzoekende partij had geen memorie van wederantwoord ingediend – vordering verworpen;

*Disclaimer: De auteur kan niet aansprakelijk worden gehouden voor eventuele (druk)fouten, onvolledigheden of onvolkomenheden.*

Alexander Verschave

advocaat Equator

navorser UHasselt

<https://eqtr.be/team/>