

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 199.434 van 12 januari 2010
in de zaak A. 110.091/XII-3284.**

In zake :
1. de NV MAZOUT EXPRESS,
2. de NV KORTRIJKS PETROLEUMBEDRIJF,
3. de vennootschap naar Nederlands recht BV GULF OIL
NEDERLAND,
die woonplaats kiezen bij
advocaten S. Sergeant en J. Persyn,
kantoor houdende te Brugge,
Zwijnsstraat 3A

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
G. Macaulaan 33.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Mazout Express, de nv Kortrijks Petroleumbedrijf en de bv Gulf Oil Nederland op 10 september 2001 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing, genomen door de Vlaamse Minister van Mobiliteit, Openbare Werken en Energie [...], d.d. 20 juni 2001 waarbij de concessie tot het bouwen en uitbaten van twee bevoorradingsposten voor motorvoertuigen op de autosnelweg E40-E18 op de ligplaats Mannekensvere werd verleend aan de nv Texaco Belgium en niet aan de tijdelijke vereniging, daartoe opgericht door verzoekers”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 24 mei 2005 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memorie van verzoekende partijen;

Gelet op de beschikking van 3 augustus 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 september 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. Defreyne, die loco advocaat J. Persyn verschijnt voor de verzoekende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een concessie van bouwwerken, met name de “bouw en uitbating van twee snack-bars en twee bevoorradingsposten voor motorvoertuigen voor de gebruikers van de autosnelweg op de ligplaats te Mannekensvere langs de autosnelweg E40-A18”. Het bestek wordt goedgekeurd op 17 mei 2000.

De opening van de offertes is bepaald op 25 oktober 2000.

De drie verzoekende partijen verenigen zich in een tijdelijke vereniging en dienen een offerte in. Deze offerte wordt ingediend in naam van “de ondergetekenden, zie bijlage 44bis”. Volgens deze bijlage worden de drie vennoten van de tijdelijke vereniging als volgt vertegenwoordigd :

- de nv Mazout Expres wordt vertegenwoordigd door “TOBRA nv”, die op haar beurt wordt vertegenwoordigd door “dhr. Freddy Lambert, gedelegeerd bestuurder”,

- de nv Kortrijks Petroleumbedrijf wordt enerzijds vertegenwoordigd door “Galvan CVA”, die op haar beurt wordt vertegenwoordigd door “dhr. Philippe van Biervliet, zaakvoerder” en anderzijds door “Kopevan CVA”, die

op haar beurt wordt vertegenwoordigd door “dhr. Jaak Van Houtte, zaakvoerder”,

- de bv Gulf Oil Nederland wordt vertegenwoordigd door “mevr. Yda van der Meer, directeur”.

Op 9 januari 2001 richt verwerende partij het volgende schrijven aan elk van de drie verzoekende partijen :

“Ter aanvulling van uw ingediend dossier, verzoek ik U mij het bewijs te leveren dat U gemachtigd bent de respectievelijke vennootschap te binden.

Dit bewijs dient geleverd te worden door het overmaken van de statuten en volmachtbesluiten van de betrokken vennootschap geldig op 25.10.2000”.

Op 18 januari 2001 wordt een herinnering gestuurd waarin wordt gevraagd “de gewenste gegevens over te maken ten laatste tegen 24/1/2001”.

Tweede verzoekende partij, de nv Kortrijks Petroleumbedrijf, bezorgt de gevraagde stukken bij schrijven van 23 januari 2001, waarin wordt gesteld :

“Gelieve in bijlage de nodige bewijsstukken terug te vinden in antwoord op uw schrijven van 9.01.2001, waaruit blijkt dat de heren Jaak en Carl Vanhoutte enerzijds en de heer Philippe Vanbiervliet anderzijds als zaakvoerders van de vennootschappen Kopevan cva, resp. Galvan cva gemachtigd zijn de vennootschap nv Kortrijks Petroleumbedrijf te binden”.

In een interne nota van verwerende partij van 30 januari 2001 wordt vastgesteld dat er geen probleem rijst wat de eerste en derde verzoekende partij betreft. Inzake tweede verzoekende partij luidt deze nota echter als volgt :

“2) NV Kortrijks Petroleumbedrijf.

Deze NV wordt vertegenwoordigd door haar twee gedelegeerd bestuurders CVA Kopevan en CVA Galvan.

De CVA Kopevan wordt vertegenwoordigd door haar beide zaakvoerders Jaak en Carl Vanhoutte, zoals zij trouwens zelf toegeven in hun brief van 23.1.2001 (het indienen van een offerte is overigens geen daad van gewoon dagelijks bestuur).

De CVA Galvan wordt vertegenwoordigd door haar enige zaakvoerder Philippe Van Biervliet.

Daar de offerte enkel getekend is door Jaak Vanhoutte en niet door Carl Vanhoutte, is ze niet geldig ondertekend namens Kopevan.

Bijgevolg is ze ook niet geldig ondertekend namens het Kortrijks Petroleumbedrijf.

[...]

Conclusie: door de niet-geldige ondertekening van de offerte door de NV Kortrijks Petroleumbedrijf is de offerte van de [tijdelijke handelsvennootschap] substantieel onregelmatig”.

Op 20 juni 2001 beslist de bevoegde minister om de concessie toe te wijzen aan de nv Texaco Belgium.

Met een schrijven van 21 juni 2001 brengt verwerende partij de verzoekende partijen op de hoogte van deze beslissing.

Verzoekende partijen vragen bij aangetekende brief van 29 juni 2001 naar “de motieven” van de beslissing.

Bij brief van 9 juli 2001 stuurt verwerende partij een afschrift van de interne nota van 30 januari 2001 en van de bestreden beslissing aan verzoekende partijen.

Het administratief dossier

2. Verzoekende partijen vragen verwerende partij “alle bescheiden, met inbegrip van de interne nota's, te laten voorleggen die verband houden met de offerte-aanvraag tot datum van de uitsluiting van verzoekers uit de gunnings-procedure”. Zij achten het van belang “om te vernemen hoe de offerte van verzoekers beoordeeld werd op het ogenblik dat verzoekers werden uitgesloten”. Zij betogen dat het niet uitgesloten is dat hun offerte “ook niet reeds inhoudelijk werd beoordeeld, en toen deze grote kans maakte op toewijzing van de concessie pas in een later stadium door verwerende partij substantieel onregelmatig werd verklaard”.

3. Uit de in het feitenrelaas geciteerde interne nota van 30 januari 2001 blijkt dat de offerte van verzoekende partijen substantieel onregelmatig werd verklaard. Elk van de drie middelen, door verzoekende partijen aangevoerd, betreft deze beslissing. Hoewel de verwerende partij ertoe gehouden is het gehele administratief dossier aan de Raad van State voor te leggen mag te dezen worden aangenomen, gelet op de aangevoerde middelen, dat daarover met kennis van zaken door de Raad van State uitspraak kan worden gedaan. Het zou anders zijn geweest mochten verzoekende partijen de intentie hebben geuit de regelmatigheid van de andere inschrijvers te willen onderzoeken, wat ze te dezen echter niet deden.

4. De gevraagde neerlegging is aldus te dezen niet dienstig.

De gegrondheid van het beroep

- 5.1. Verzoekende partijen voeren in een *eerste middel* de schending aan van “de artikelen 552 Wetboek Vennootschappen en artikel 16 van de wet van 24 december 1993 op de overheidsopdrachten”. Zij betogen hiertoe :

“3.2.1. Uit de gegevens van de zaak blijkt dat op de offerte werd ingetekend door de nv Kortrijks Petroleumbedrijf, de nv Mazout Express en Gulf Oil Nederland bv, die zich hiervoor tijdelijk hadden verenigd.

De offerte werd in naam en voor rekening van de nv Kortrijks Petroleumbedrijf ondertekend door twee bestuurders, met name Kopevan cva en Galvan cva.

Artikel 18 van de statuten van de nv Kortrijks Petroleumbedrijf bepaalt immers:

‘Sans préjudice à l’exécution des délégations prévues à l’article dix-sept, les actes engageant la société, (...), doivent, pour être valables, être signés par deux administrateurs dont au moins un a un mandat d’administrateur-délégué. (...)’

Aan deze voorwaarde was in casu voldaan zodat de offerte wel geldig werd ondertekend door de nv Kortrijks Petroleumbedrijf en de offerte derhalve ten onrechte werd geweerd als zijnde ‘substantieel onregelmatig’.

3.2.2. De cva Kopevan en de cva Galvan traden op voor de nv Kortrijks Petroleumbedrijf. De heer Jaak Vanhoutte trad op voor de cva Kopevan.

3.2.2.1. Overeenkomstig artikel 16 van de statuten van Kopevan cva is voor de daden van gewoon dagelijks bestuur de handtekening van één zaakvoerder of een gevolmachtigde voldoende.

Het begrip dagelijks bestuur wordt door het Hof van Cassatie gedefinieerd:

‘als de handelingen of verrichtingen betreffende het dagelijks bestuur, die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap, of de behoeften die om reden zowel van minder belang dat ze vertonen, als van de noodzakelijkheid een spoedige oplossing te treffen, de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen’

Volgens de gangbare rechtspraak en rechtsleer kadert een handeling die wordt gesteld namens de vennootschap binnen het dagelijks bestuur van deze vennootschap, wanneer zij voor de vennootschap een relatief gering aansprakelijkheidsrisico inhoudt.

3.2.2.2. Kopevan cva stelt zich onder meer tot doel het deelnemen aan het beheer en bestuur van vennootschappen.

In casu trad de heer Jaak Vanhoutte op in zijn hoedanigheid van zaakvoerder van de cva Kopevan ter verwezenlijking van hogergenoemd doel van de vennootschap.

Voor de heer Jaak Vanhoutte is dit een handeling van dagelijks bestuur.

Het is immers niet de cva Kopevan die op de offerte inschreef, maar wel de tijdelijke vereniging, zoals hogergenoemd.

De cva Kopevan liep hierbij geen enkel uitzonderlijk aansprakelijkheidsrisico”.

In ondergeschikte orde betogen verzoekende partijen nog het volgende :

“[W]anneer de vennoten van een tijdelijke vereniging niet expliciet een lasthebber met het bestuur van de vennootschap hebben belast, [...] worden zij krachtens artikel 36, 1/ Wetboek van Vennootschappen [...] geacht elkaar wederzijds een stilzwijgend mandaat te hebben verleend om de tijdelijke vereniging te beheren”.

Volgens verzoekende partijen zou dit te dezen betekenen dat “elk van de deelgenoten van de tijdelijke vereniging bevoegd was om alle handelingen te stellen die nodig of dienstig waren voor de verwezenlijking van het doel van de vennootschap”. Volgens verzoekende partijen zou onder “een daad van beheer” ook “de intekening op een offerte” vallen, zodat “de intekening door één van de deelgenoten al voldoende was”.

5.2. In hun memorie van wederantwoord voegen verzoekende partijen het volgende toe :

“Wanneer de offerte uitgaat van verscheidene rechtspersonen, [dan] moet deze inderdaad ondertekend zijn door ieder van die personen.
[...]

Voor de beoordeling van de vraag of Kopevan cva rechtsgeldig vertegenwoordigd kon worden door één zaakvoerder, moet nagegaan worden of de handeling die de heer Jaak Vanhoutte namens Kopevan cva stelde, een handeling van dagelijks bestuur is of niet.

De heer Jaak Vanhoutte vertegenwoordigde Kopevan cva, bij de uitoefening van haar bestuurdersmandaat in de nv Kortrijks Petroleumbedrijf.

De heer Jaak Vanhoutte stelde hierbij geen handeling waardoor Kopevan cva hoofdelijk verbonden zou zijn of een uitzonderlijk hoog aansprakelijkheidsrisico kon oplopen of door de kwestieuze overheidsopdracht gebonden zou zijn. Het is evenmin een daad van beschikking.

Verzoekers kunnen dan ook niet anders dan concluderen dat de heer Jaak Vanhoutte als zaakvoerder van Kopevan cva, namens Kopevan cva gewoon een handeling van dagelijks bestuur stelde en bijgevolg rechtsgeldig Kopevan cva kon vertegenwoordigen.

De omstandigheid dat de nv Kortrijks Petroleumbedrijf, bij schrijven van 23 januari 2001 aan de tegenpartij zou hebben gemeld dat de heren Jaak en Carl

Vanhoutte enerzijds en de heer Philippe van Biervliet anderzijds als zaakvoerders van de vennootschappen Kopevan cva respectievelijk Galvan cva gemachtigd zijn de vennootschap nv Kortrijks Petroleumbedrijf rechtsgeldig te binden, met verwijzing naar de statuten, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat overeenkomstig artikel 16 van de statuten van Galvan cva, ‘voor daden van gewoon dagelijks bestuur de enkele handtekening van één zaakvoerder’ voldoende is”.

6.1. Uit het door verzoekende partijen aangehaalde schrijven van 23 januari 2001 blijkt dat verzoekende partijen de statuten van de cva Kopevan op dergelijke wijze begrijpen dat de tweede verzoekende partij de offerte namens cva Kopevan, handelend in haar hoedanigheid van bestuurder van tweede verzoekende partij, enkel geldig kon ondertekenen indien de beide zaakvoerders van de cva Kopevan hun handtekening plaatsten. Verwerende partij mocht er redelijkerwijze van uit gaan dat deze interpretatie van de statuten, zoals die haar uitdrukkelijk door tweede verzoekende partij werd meegedeeld, correct was.

Dienvolgens heeft verwerende partij terecht vastgesteld aangezien het ondertekenen van een offerte geen daad van dagelijks bestuur is, dat de offerte van verzoekende partijen door een substantiële onregelmatigheid was aangetast, nu deze door slechts één van de beide zaakvoerders van de cva Kopevan werd ondertekend. Artikel 16, tweede lid, van de statuten van cva Kopevan bepaalt immers dat, indien er meerdere zaakvoerders zijn, zoals te dezen, de vennootschap in en buiten rechte, vertegenwoordigd wordt door twee zaakvoerders die gezamenlijk optreden.

6.2. Voorts dient te worden vastgesteld dat verzoekende partijen noch in hun memorie van wederantwoord, noch in hun laatste memorie enige nadere aandacht besteden aan de in het inleidend verzoekschrift in ondergeschikte orde opgeworpen argumentatie gesteund op artikel 36, 1/, van het Wetboek van Vennootschappen. Zoals in het auditoraatsverslag terecht wordt opgemerkt, lijken zij daarentegen die argumentatie juist niet langer aan te houden aangezien zij in hun memorie van wederantwoord uitdrukkelijk stellen dat ieder van de betrokken rechtspersonen de offerte moet ondertekenen. Gelet op deze houding van verzoekende partijen mag worden besloten dat zij, wat dit punt betreft, niet langer op het middel aandringen.

Het eerste middel is niet gegrond.

7. In een *tweede middel* werpen verzoekende partijen de schending op van “artikel 2 van de wet van 29 juli 1991”.

Zij brengen vooreerst in herinnering dat “elke akte [...] op afdoende wijze de juridische en feitelijke overwegingen [moet] vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen”. Vervolgens wijzen verzoekende partijen op het feit dat te dezen “in de beslissing geen melding [werd] gemaakt van de afwijzing van de vordering van verzoekers”.

Volgens verzoekende partijen is het feit dat in de interne nota van 30 januari 2001 “werd voorgehouden dat de inschrijving van verzoekers onregelmatig was, [...] onvoldoende daar de beslissingsbevoegdheid bij de minister berustte en eigenlijk enkel impliciet (en hier ook nog zonder motivering) kan opgemaakt worden uit de beslissing dat de inschrijving van verzoekers als onregelmatig werd beschouwd”.

In hun laatste memorie herhalen verzoekende partijen dat “de motivering [...] niet in de beslissing [stond]” en dat zij pas “nadien en met veel moeite” “iets meer te weten zijn gekomen” “omtrent de reden voor afwijzing van hun offerte”.

8. Uit de argumenten die verzoekende partijen hebben ontwikkeld in het kader van het eerste middel blijkt dat zij -meer bepaald bij de voormelde brief van 9 juli 2001- reeds vóór het indienen van hun annulatieberoep kennis hebben gekregen van de motieven in de interne nota, die de minister zich met de bestreden beslissing impliciet maar onmiskenbaar eigen heeft gemaakt, en die aldus ten grondslag liggen aan de beslissing om hun offerte onregelmatig te verklaren. Hierdoor is het doel van de door hen geschonden geachte uitdrukkelijke motiveringsplicht bereikt: de verzoekende partijen kenden de motieven van de beslissing zodat zij in staat waren zich een oordeel te vormen of het al dan niet zin had die beslissing met rechtsmiddelen aan te vechten. Zij hebben zulks overigens gedaan met het voorliggende annulatieberoep.

Het tweede middel is niet ontvankelijk bij gebrek aan belang.

9. Verzoekende partijen steunen een *derde middel* op de schending van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder van het zorgvuldigheid- en het fair play-beginsel”.

Zij voeren daartoe in hoofdzaak aan dat zij niet de mogelijkheid hebben gehad “om zich te verdedigen ten aanzien van de conclusie van hoger geciteerde interne nota” van 30 januari 2001, en dat zij “pas na de beslissing [...] kennis [hebben] genomen van de redenering die thans als foutief kan beschouwd worden”. Zij betogen voorts dat verwerende partij de gelijkheid tussen de inschrijvers heeft verstoord door verzoekende partijen niet de kans te bieden “te reageren op een ambtshalve opgeworpen middel van onregelmatigheid”.

In hun memorie van wederantwoord herhalen zij dat “de overheid [...] verzoekers minstens de kans [had] moeten geven om die [...] nota juridisch te becommentariëren”. Volgens verzoekende partijen “getuigt [het] van weinig behoorlijk en zorgvuldig bestuur wanneer de overheid of haar diensten [...] een inschrijving als substantieel onregelmatig [afwijzen], zonder hieromtrent eerst het standpunt van die betrokken partij te horen”. Zij laken voorts nog het feit dat zij zich enkel “voor de Raad van State of de gewone hoven en rechtbanken” kunnen verweren tegen de beslissing tot onregelmatigverklaring van hun offerte.

Verzoekende partijen handhaven hun argumenten in hun laatste memorie en stellen dat zij reeds tijdens de toewijzingsprocedure de kans hadden moeten krijgen om zich te verdedigen tegen de beoordeling van hun offerte als onregelmatig. Zij worden immers “voor voldongen feiten geplaatst, wat niet verzoenbaar is met de rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten gewild in de richtlijn 89/665/EEG van 21.12.1989, die van directe werking is [...] en de beginselen van behoorlijk bestuur”.

10. De regelgeving inzake overheidsopdrachten naar het te dezen vigerend recht voorziet niet in de mogelijkheid voor een inschrijver om zich te verweren tegen de voor hem negatieve conclusies van een interne nota van het bestuur. Aangezien geen enkele inschrijver over die mogelijkheid beschikt, kan niet worden gesteld dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden, noch de andere ingeroepen beginselen. Het is immers een principe van de regelgeving van de overheidsopdrachten dat de aanbestedende overheid niet in contact treedt met inschrijvers nadat die een offerte hebben ingediend. Verzoekende partijen tonen niet aan dat het te dezen uitzonderlijk anders zou moeten.

In hun laatste memorie beroepen verzoekende partijen zich op de Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van

de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken. Los van de vraag of zij zulks niet laattijdig doen, duiden zij hierbij in elk geval niet aan welke bepalingen van deze richtlijn in het bijzonder de verplichting zouden inhouden voor het bestuur om reeds tijdens de gunningsprocedure een inschrijver te horen met betrekking tot de eventuele onregelmatigverklaring van zijn offerte. Aldus is de betrokken grief in elk geval niet ontvankelijk.

Het derde middel is niet gegrond.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 520,59 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een derde.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twaalf januari 2010, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.