

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 209.783 van 16 december 2010
in de zaken A. 150.775/XII-4130
A. 155.689/XII-4261**

In zake: de NV BMX COMPUTERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Geert De Peyper
kantoor houdend te Sint-Pieters-Leeuw
J. Depauwstraat 52/3

tegen:

de NATIONALE LOTERIJ, naamloze vennootschap van
publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep in de zaak A. 150.775/XII-4130, ingesteld op 16 april 2004, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van verwerende partij [...], van 20 februari 2004, waarbij verwerende partij [...] de door verzoekende partij [...] ingediende offerte onregelmatig verklaard heeft, en van de verdere toewijzingsprocedure uitgesloten heeft”.

Het beroep in de zaak A. 155.689/XII-4261, ingesteld op 15 september 2004, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van verwerende partij [...], van 08 juni 2004, waarbij verwerende partij [...]:

- enerzijds, verzoekende partij [...] wegens het indienen van een onregelmatige offerte, van de toewijzingsprocedure uitsluit; en
- anderzijds, de opdracht [...] gegund heeft aan de S.A. Priminfo”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben in beide zaken een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 november 2010.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tanja Ghysens, die loco advocaat Geert De Peyper verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Johan Vanstipelen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

In de zaak A. 150.775/XII-4130 heeft Eerste auditeur Jos Stevens een met dit arrest eensluidend gegeven.

In de zaak A. 155.689/XII-4261 heeft Eerste auditeur Jos Stevens 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een overheidsopdracht voor de levering en plaatsing van 220 desktop computers, alsook het organiseren van een opleiding voor het personeel. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 436.364 euro, btw niet inbegrepen.

De opdracht wordt op 31 oktober 2003 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Het bestek bepaalt onder meer het volgende betreffende de ondertekening van de offertes:

“Een offerte (origineel) moet ondertekend zijn door een persoon die, op het ogenblik van de ondertekening, bevoegd is krachtens de statuten of een volmacht zich te verbinden voor de rechtspersoon voor wie hij tekent. Het bewijs van bevoegdheid moet bij de offerte zijn gevoegd.”

3.3. De offertes worden geopend op 18 december 2003. Vijftien ondernemingen blijken een offerte te hebben ingediend, waaronder verzoekende partij en de nv Priminfo.

3.4. De offerte van verzoekende partij is ondertekend door Hedwig Van Gucht, “general manager”.

Bij de offerte is een document 4.4. “Volmacht (bevoegdheden van de mandataris)” gevoegd, dat luidt:

“Ondergetekende Van Gucht Sieglinde [...] geeft volmacht aan Mr. Van Gucht Hedwig [...] in de hoedanigheid van afgevaardigd-bestuurder van

de NV BMX, [...], verschenen in het Staatsblad [...] van 09/11/99, voor alle handelingen voor rekening van de genoemde vennootschap inzake alle publieke offertes voor de Belgische Staat of welke andere overheidsinstelling dan ook.

Deze volmacht is geldig vanaf heden en blijft deze geldigheid behouden tot intrekking van deze volmacht door ondergetekende”.

3.5. Verwerende partij richt op 7 januari 2004 een als volgt gesteld faxbericht aan verzoekende partij:

“De vormelijke regelmatigheid van uw offerte werd onderzocht. Vastgesteld werd dat bij uw offerte volgende documenten ontbreken:

de statuten met de clausule i.v.m. de toekenning van vertegenwoordigingsbevoegdheid aan de heer Sieglinde Van Gucht.

Gelieve ons het desbetreffende document toe te zenden voor 16 januari 2004 om 11.00 uur”.

3.6. Met een schrijven van 13 januari 2004 zendt verzoekende partij een fotokopie uit de Bijlage tot het Belgisch Staatsblad van 9 november 1999 aan verwerende partij. Het betreft de publicatie van een beslissing van “de buitengewone algemene vergadering van 02/10/98”, waarbij Sieglinde Van Gucht voor een periode van 6 jaar tot bestuurder wordt benoemd en vervolgens “met éénparigheid van stemmen” als gedelegeerd bestuurder wordt aangesteld.

3.7. Met een brief van 20 februari 2004 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat haar offerte “substantieel onregelmatig is van aard overeenkomstig artikel 89 van het K.B. van 08 januari 1996”:

“Het bewijs dat uw offerte moet ondertekend zijn door een persoon die op het ogenblik van de ondertekening bevoegd is krachtens de statuten of een volmacht zich te verbinden voor de rechtspersoon voor wie hij tekent, is onvolledig.

De Nationale Loterij heeft dan ook de offerte van uw firma uitgesloten van de [...] procedure”.

Vervolgens wordt in deze brief nog melding gemaakt van de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State.

Op 16 april 2004 wordt het annulatieberoep gekend onder het rolnummer A. 150.775/XII-4130 ingesteld.

3.8. Op 8 juni 2004 beslist de raad van bestuur van verwerende partij om “het gemotiveerde advies van de selectie- en keuzecommissie, zoals weergegeven in bijlage, goed te keuren en derhalve” de offerte van verzoekende partij “uit te sluiten wegens het indienen van een onregelmatige offerte” en om de opdracht toe te wijzen aan de nv Priminfo, “die de voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend”.

Bij deze beslissing is een “evaluatierapport” gevoegd. Dit document blijkt op 18 mei 2004 te zijn opgesteld door een “selectiecommissie” en een “keuzecommissie”. Wat de offerte van verzoekende partij betreft worden in dit rapport de volgende vaststellingen gedaan:

“5. Regelmatigheidsonderzoek

[...]

5.1. De vormelijke regelmatigheid

Het onderzoek naar de vormelijke regelmatigheid had betrekking op volgende aspecten: (A) zijn bepaalde technische documenten toegevoegd, werden bepaalde stukken behoorlijk ingevuld en ondertekend, is de inschrijver wel degelijk bevoegd om de onderneming te binden; (B) de indiening van meerdere alternatieve offertes door eenzelfde inschrijver.

(A) In dit stadium van het onderzoek werden in het kader van de bevoegdheidsproblematiek bij elf (11) firma’s (BMX, BULL, CEVI, [...]) ex post en gelijktijdig (nl. per fax dd. 7 januari 2004) de nodige bewijsstukken opgevraagd, waaruit kon worden afgeleid of de

ondertekenaar wel degelijk bevoegd is/was om de rechtspersoon te verbinden. Het bewijs van bevoegdheid op het ogenblik van de ondertekening diende ten laatste geleverd te worden op 16 januari 2004 vóór 11 u.

Het orgaan dat de rechtspersoon t.a.v. derden kan vertegenwoordigen is bij een NV de raad van bestuur (rechtsgrond art. 61 en art. 522 Venn.W.). De statuten kennen de vertegenwoordigingsbevoegdheid echter meestal toe aan één (of meerdere) bestuurder(s).

Vijf (5) vennootschappen (BMX, DELL, ECONOCOM, MICRO FI, SYSTEMAT) leverden ook binnen deze laatste termijn van acht (8) volle dagen vanaf de verzendingsdatum, geen of een onvoldoende bevoegdheidsbewijs.

Hun offerte wordt bijgevolg definitief geweigerd omwille van:

- BMX: het ontbreken van de statuten met de clausule i.v.m. de toekenning van vertegenwoordigingsbevoegdheid aan één (of meerdere) bestuurder(s), eventueel om via volmacht aan een andere persoon door te geven;

[...]”.

De beslissing van 8 juni 2004 vormt het voorwerp van het annulatieberoep gekend onder het rolnummer A. 155.689/XII-4261.

IV. Samenhang

4. Er is grond om de zaken die betrekking hebben op dezelfde gunningprocedure, samen te voegen.

V. Ontvankelijkheid van het beroep in de zaak A. 150.775/XII-4130

5.1. De Raad van State beoordeelt de ontvankelijkheid van dit beroep als volgt.

5.2. Verzoekende partij omschrijft het voorwerp van dit annulatieberoep als “de beslissing van verwerende partij [...], van 20 februari 2004, waarbij verwerende partij [...] de door verzoekende partij [...] ingediende

offerte onregelmatig verklaard heeft, en van de verdere toewijzingsprocedure uitgesloten heeft”.

Uit het administratief dossier, met name de beslissing van 8 juni 2004 van de raad van bestuur van verwerende partij, die het voorwerp uitmaakt van het annulatieberoep A. 150.775/XII-4130, blijkt evenwel dat pas op 18 mei 2004 een evaluatierapport werd opgesteld waarin de “selectiecommissie” adviseert om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren en de “keuzecommissie” voorstelt om de opdracht toe te wijzen aan de nv Priminfo. Dit advies werd door de raad van bestuur van verwerende partij gevolgd in de uiteindelijke beslissing van 8 juni 2004.

Aldus blijkt dat op 20 februari 2004 nog niet door de raad van bestuur van verwerende partij was beslist om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren.

Het beroep A. 150.775/XII-4130 is dan ook zonder voorwerp.

5.3. Met het schrijven van 20 februari 2004 had verwerende partij evenwel reeds aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte “substantieel onregelmatig is” en dat “de Nationale Loterij [...] dan ook de offerte van uw firma [heeft] uitgesloten van de [...] procedure”, waarna uitdrukkelijk op de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State werd gewezen.

Aldus werd door verwerende partij ten onrechte de indruk gewekt bij verzoekende partij dat reeds op die datum werd beslist om haar offerte te weren. Het komt dan ook passend voor om de kosten van dit annulatieberoep ten laste van verwerende partij te leggen.

VI. Ontvankelijkheid van het beroep in de zaak A. 155.689/XII-4261

6. Verwerende partij betwist het belang van verzoekende partij bij dit annulatieberoep en werpt daartoe een exceptie op.

In het auditoraatverslag wordt deze exceptie op beredeneerde wijze verworpen. In haar laatste memorie komt verwerende partij niet terug op de ontvankelijkheid van het beroep; zij verklaart daarentegen dat zij zich “volledig aansluit bij [het] verslag”. Aldus mag zij worden geacht de exceptie niet langer te handhaven.

VII. Heropening van de debatten in de zaak A. 155.689/XII-4261

7. In het auditoraatverslag worden de middelen in de zaak A. 155.689/XII-4261, die weliswaar gelijkenis vertonen met maar niet identiek zijn aan de middelen in de zaak A. 150.775/XII-4130, niet onderzocht.

De debatten dienen heropend te worden voor een aanvullend verslag van het auditoraat over de grond van de zaak.

BESLISSING

1. De zaken A. 150.775/XII-4130 en A. 155.689/XII-4261 worden samengevoegd.

2. Het beroep in de zaak A. 150.775/XII-4130 wordt verworpen.

3. De debatten worden heropend in de zaak A. 155.689/XII-4261.

4. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt belast met het aanvullend onderzoek van de zaak A. 155.689/XII-4261.

5. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring gekend onder het rolnummer A. 150.775/XII-4130, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 december 2010, door de Raad van State, XII^e kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest