

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.959 van 17 juni 2011
in de zaak A. 180.802/XII-5009**

In zake: de VZW ARISTA EXTERNE DIENST VOOR PREVENTIE
EN BESCHERMING OP HET WERK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pierre Frühling
kantoor houdend te 1040 Brussel
Louis Schmidtdaan 29
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de VLAAMSE GEMEENSCHAP
2. het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Boudewijn Ronse
kantoor houdend te 1050 Brussel
Guillaume Macaulaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 februari 2007, strekt tot de nietigverklaring van “de gunningsbeslissing algemene offerteaanvraag aansluiting bij externe dienst voor preventie en bescherming op het werk van het Agentschap voor Overheidspersoneel van de Vlaamse overheid van 8 december 2006 houdende uitsluiting van verdere beoordeling van de offerte van de v.z.w. Arista en houdende toewijzing van de opdracht aan de v.z.w. Idewe”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. In de zaak A. 179.548 is bij arrest nr. 167.027 van 23 januari 2007 de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen en bij arrest nr. 169.983 van 12 april 2007 de afstand van het geding vastgesteld.

De verwerende partijen hebben een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 mei 2011.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Magali Feys, die loco advocaat Pierre Frühling verschijnt voor de verzoekende partij, is gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. In het Bulletin der Aanbestedingen van 6 september 2006 wordt een opdracht aangekondigd door de Vlaamse overheid, agentschap voor Overheidspersoneel, voor aansluiting bij een externe dienst voor preventie en bescherming op het werk.

Het betreft een algemene offerteaanvraag van diensten.

3.2. Bij de opening der offertes op 9 oktober 2006 blijken er vier offertes ingediend te zijn, namelijk door vzw Idewe, vzw AristA, vzw Encare Prevent en vzw IKMO.

De offerte van verzoekende partij, voor perceel 1, wordt ondertekend door “Dr. Ralph Corbey Algemeen directeur *ad interim* AristA vzw”.

3.3. Op 26 oktober 2006 vraagt verwerende partij aan verzoekende partij onder meer inzake het regelmatigheidsonderzoek het volgende:

“Volgens de wetgeving overheidsopdrachten moeten ‘offertes die namens een rechtspersoon worden ingediend, ondertekend zijn door personen die bevoegd zijn om de vennootschap te vertegenwoordigen, met bijvoeging van de stukken waaruit die bevoegdheid blijkt’. Ik kan u meedelen dat uw offerte wel ondertekend is maar dat het document met de machtiging daartoe ontbreekt.”

Met een brief van 27 oktober 2006 bezorgt verzoekende partij aan verwerende partij een afschrift van bijlage bij het Belgisch Staatsblad van 28 augustus 2006 “ter staving van de bevoegdheid van de heer Ralph Corbey”, waaruit volgende beslissing blijkt van de buitengewone algemene vergadering van 23 juni 2006:

“1. Ontslag van de Algemeen Directeur en persoon die belast is met de leiding van de externe dienst PBW
De Raad van Bestuur heeft beslist om een einde te maken aan het mandaat van de heer [...] als algemeen directeur en om de heer Ralph Corbey aan te stellen als directeur *ad interim*.”

Verwerende partij antwoordt met een e-mail van 3 november 2006 aldus:

“Uit de ons voorgelegde stukken blijkt enkel (obv het verslag van de BAV van 23/06/06) dat de Raad van Bestuur beslist heeft om de heer Ralph Corbey aan te stellen als directeur *ad interim* maar niet dat hij gemachtigd is om namens de VZW AristA verbintenissen af te sluiten. Het bewijs van delegatiemachtiging is o.i. dan ook niet geleverd.
Om dit bewijs alsnog te leveren, zal u bijkomende documenten (o.a. statuten, ...) moeten voorleggen. Graag ontvingen wij deze documenten zo snel mogelijk.”

Hierop reageert verzoekende partij met de overlegging van een beslissing van haar raad van bestuur van 7 november 2006 waaruit het volgende blijkt:

“Op 6 oktober 2006, heeft de heer Corbey bovengenoemde offerte ondertekend.

De Raad van Bestuur bevestigt dat de heer Corbey de V.Z.W. ARISTA op rechtsgeldige wijze kon vertegenwoordigen.

Voor zover als nodig is, bekrachtigt de Raad van Bestuur alle handelingen van de heer Corbey in het kader van de bovengenoemde offerte.”

3.4. In het beoordelingsverslag van 7 december 2006 wordt er inzake de regelmatigheid van de inschrijvingen onder meer als volgt overwogen:

“Bij het verder onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes heeft de beoordelingscommissie vastgesteld dat bij de firma's ENCARE, IKMO, en ARISTA de delegatiemachtiging tot ondertekening van het offerteformulier ontbreekt. Volgens de wetgeving overheidsopdrachten moeten offertes die namens een rechtspersoon worden ingediend, ondertekend zijn door personen die bevoegd zijn om de vennootschap te vertegenwoordigen, met bijvoeging van de stukken waaruit die bevoegdheid blijkt. Om dit aspect van het onderzoek te kunnen uitvoeren werden de ontbrekende stukken bij de betrokken firma's (in meerdere keren) opgevraagd.

Op basis van de ingediende antwoorden kan besloten worden dat de firma's ENCARE en IKMO het bewijs leveren dat de persoon die het offerteformulier heeft ondertekend daartoe ook gemachtigd was.

De firma ARISTA kan dit bewijs niet leveren. Uit de ons voorgelegde stukken blijkt enkel (op basis van het verslag van de BAV van 23/06/06) dat de Raad van Bestuur beslist heeft om de heer Ralph Corbey (persoon die het inschrijvingsbiljet heeft ondertekend) aan te stellen als directeur ad interim maar niet dat hij gemachtigd is om namens de VZW ARISTA verbintenissen af te sluiten. ARISTA bezorgt ons nadien nog wel de notulen van de Raad van Bestuur van de VZW ARISTA van 07/11/06 waaruit blijkt dat de Raad van Bestuur alle handelingen van de heer Corbey in het kader van de 'Offerte aan de Vlaamse Gemeenschap voor aansluiting bij een Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk' bekrachtigt. Volgens de wetgeving overheidsopdrachten kan een volmacht echter in geen geval met terugwerkende kracht worden verleend, of dient de offerte geweerd te worden indien deze ondertekend werd door een persoon die hiertoe op het ogenblik van de opening van de offertes niet bevoegd was. De beoordelingscommissie is dan ook van oordeel dat de offerte van ARISTA een formele onregelmatigheid bevat en om die reden dient uitgesloten te worden.”

Na het toetsen van de regelmatige offertes aan de gunningscriteria wordt voorgesteld perceel 1 toe te wijzen aan vzw Idewe en perceel 2 ook aan vzw Idewe.

Op 8 december 2006 neemt de administrateur-generaal van het agentschap voor Overheidspersoneel de beslissing waarbij de offerte van verzoekende partij onregelmatig wordt verklaard, en de beide percelen worden toegewezen aan de vzw Idewe.

Met een brief van 8 december 2006 wordt verzoekende partij hiervan in kennis gesteld.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. In het eerste middel verwijt verzoekende partij de motivering van de bestreden beslissing “niet concreet, niet precies, onvolledig en niet pertinent” te zijn. Zij preciseert op een schending te alluderen van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

In een *eerste onderdeel* zet verzoekende partij uiteen dat de rechtsgrond waarop het agentschap het bestaan van een substantiële onregelmatigheid steunt niet is gepreciseerd en dat de motivering tegenstrijdig is. Het agentschap refereert aan het beoordelingsverslag van 7 december 2006 om dan te stellen dat de offerte een substantiële onregelmatigheid bevat “volgens de wetgeving overheidsopdrachten”. Een specifieke rechtsgrond is aldus niet vermeld. Dit laat niet toe na te gaan welke wetsbepaling exact is geschonden.

Volgens het *tweede onderdeel* betreft het geen substantiële onregelmatigheid en is de motivering hiertoe eveneens tegenstrijdig. Verzoekende partij betoogt dat het bestek geen bepaling bevat met betrekking tot de handtekeningvoorwaarde, die dus geen essentiële bepaling van het bestek is. Het bestek

verwijst enkel naar artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, hetwelk bepaalt dat “de documenten [...] door de inschrijver of zijn gemachtigde [worden] ondertekend”, hetgeen *in casu* het geval is. Ook ziet verzoekende partij tegenspraak omdat gelijktijdig wordt gesteld dat haar offerte zowel formeel als substantieel onregelmatig is.

In het *derde onderdeel* grieft het verzoekende partij dat niet alle beroepsmogelijkheden zijn vermeld. Enkel het bestaan van de beroepsmogelijkheid in uiterst dringende noodzakelijkheid wordt meegedeeld, maar niet de mogelijkheid om een gewone vernietigingsprocedure te voeren voor de Raad van State.

Beoordeling

5.1. Verwerende partij merkt in de memorie van antwoord op dat weliswaar geen uitdrukkelijke wetsbepaling is vermeld, maar dat de motivering duidelijk aangeeft dat de onregelmatigheid betrekking had op de bepalingen van de regelgeving overheidsopdrachten inzake vertegenwoordiging van een rechtspersoon, dat uit het verzoekschrift zelf blijkt dat verzoekende partij haar weg kent in die wetgeving en de desbetreffende bepaling zélf in haar verdere middelen aanvoert en dat verzoekende partij bijgevolg niet geschaad is geworden en zodoende geen belang heeft bij het eerste middelonderdeel.

Hierop komt van de zijde van verzoekende partij niet de minste reactie meer. Zij verwijst in de memorie van wederantwoord enkel naar het inleidend verzoekschrift en repliceert ook niet meer op het auditorsverslag dat de argumentatie van verwerende partij bijvalt. Het doet ook de Raad van State besluiten dat verzoekende partij zonder belang is bij het eerste middelonderdeel.

5.2. In haar memorie van antwoord wijst verwerende partij erop dat inbreuken op vormvoorwaarden die de gelijke behandeling van de inschrijvers of de eigenlijke verbintenis van een inschrijver in het gedrang brengen, ook als essentiële onregelmatigheden aangezien moeten worden, dat artikel 89, tweede lid, van het reeds vermeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 inhoudt dat de offerte die door een rechtspersoon wordt ingediend, ondertekend moet worden door de

natuurlijke personen die op het ogenblik van het indienen der offertes overeenkomstig de vigerende wetgeving en de statuten bevoegd zijn om de rechtspersoon te vertegenwoordigen, hetzij op basis van hun hoedanigheid van orgaan, hetzij op grond van een lastgeving, dat de geldige ondertekening de toerekenbaarheid aan de inschrijver van de opgenomen verplichtingen bepaalt en daarom de substantiële regelmatigheid raakt en dat zij gerechtigd was dit vormvoorschrift als substantieel te beschouwen.

Ook dit antwoord blijft zonder repliek van de zijde van verzoekende partij, ook nadat het auditorsverslag de stelling van verwerende partij tot de zijne heeft gemaakt. Ook de Raad van State ziet geen redenen om de zienswijze van verwerende partij tegen te spreken. Het tweede middelonderdeel is ongegrond.

5.3. Verzoekende partij heeft volgend op haar vordering tot schorsing en binnen de termijn voorliggend annulatieberoep ingediend bij de Raad van State. Zij beweert niet door een eventueel gebrek in de mededeling van de beroepsmogelijkheid bij het opstellen van dit verzoekschrift schade ondervonden te hebben. Zij heeft dan ook geen belang bij het derde middelonderdeel.

5.4. Het eerste middel wordt in al zijn onderdelen verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6. Het tweede middel luidt: “de voorgelegde documenten stellen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de heer Corbey op voldoende wijze vast”.

Verzoekende partij citeert vooreerst artikel 94 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Dit artikel luidt:

“De offerte die door gemachtigden wordt ingediend vermeldt duidelijk de volmachtgever of de volmachtgevers voor wie wordt gehandeld. De gemachtigden voegen bij hun offerte de authentieke of onderhandse akte

waaruit hun bevoegdheid blijkt, of een gewaarmerkt afschrift van hun volmacht. Zij kunnen zich beperken tot verwijzing naar het nummer van de bijlage van het Belgisch Staatsblad waarin hun bevoegdheden zijn bekendgemaakt.

Volmachtgevers kunnen, met het oog op latere opdrachten, de volmacht neerleggen die zij aan een of meer welbepaalde gemachtigden hebben gegeven. Deze volmacht geldt alleen voor de opdrachten van de aanbestedende overheid waarbij zij is neergelegd. De gemachtigde vermeldt bij iedere offerte de datum van neerlegging van die volmacht.

De offerte die met een elektronische handtekening wordt ondertekend door middel van een certificaat op naam van een rechtspersoon die enkel een verbintenis aangaat in zijn naam en voor zijn eigen rekening, vereist geen bijkomende volmacht.”

Dat artikel kan volgens haar echter niet worden toegepast op offertes ingediend door organen van een vennootschap, alleszins aanvaardt de Raad van State dat de vennootschap niet verplicht is statuten bij haar offerte te voegen als de offerte is ingediend door een orgaan van de vennootschap. AristA vzw “is dus volledig in haar recht om niet *ab initio* de documenten [...] voor te leggen”. Volgens verzoekende partij bevestigen de notulen van 7 november 2006 “op voldoende wijze en voor zover nodig” de vertegenwoordigingsbevoegdheid van R. Corbey. Verwerende partij vermocht niet de offerte om die reden als onregelmatig te bestempelen.

Beoordeling

7. Zowel verwerende partij als het auditoraat wijzen erop dat een directeur *ad interim* geen orgaan is van de rechtspersoon en dat bij gebrek aan rechtsgeldige organieke vertegenwoordiging, de beslissing van verzoekende partij van 7 november 2006 enkel als volmacht kan worden aangezien, zodat het middel inzoverre faalt. De bewering dat verwerende partij artikel 94 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ten onrechte zou hebben toegepast op de organieke vertegenwoordigingsbevoegdheid, steunt dan ook op een verkeerd uitgangspunt.

Verzoekende partij spreekt deze vaststellingen terecht niet tegen en de Raad van State maakt ze zich eigen. Het tweede middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

8. Luidens het derde middel beschikte R. Corbey over de gevraagde bevoegdheden om de vzw AristA te vertegenwoordigen.

In een *eerste onderdeel* heet het dat R. Corbey in zijn hoedanigheid van algemeen directeur van de vzw AristA krachtens de artikelen 17 en 18 van het koninklijk besluit van 27 maart 1998 betreffende de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk, in samenhang met artikel 5 van haar statuten, de bevoegdheid had om de vzw te vertegenwoordigen in het kader van de bedoelde offerte, minstens in de “voorbereidingsfase”, zoals verzoekende partij het indienen van de offerte noemt.

Ondergeschikt argumenteert verzoekende partij in het *tweede onderdeel* dat de notulen van 7 november 2006 rechtsgeldig zijn en bevestigen dat R. Corbey de vzw kon vertegenwoordigen voor de ondertekening van de offerte. Ten hoogste betreft de terugwerkende kracht een relatieve nietigheid.

In het *derde onderdeel* stelt verzoekende partij dat R. Corbey een specifiek stilzwijgend mandaat geniet om de vzw te vertegenwoordigen, wat blijkt uit diezelfde notulen van de raad van bestuur van 7 november 2006 die onder geen enkel beding een volmacht bevatten met terugwerkende kracht en uit het intern maar constant, zeker en algemeen gebruik van de vzw dat vroegere overheidsopdrachten steeds enkel werden ondertekend door de directeur.

Beoordeling

9.1. Verzoekende partij stelt ten onrechte dat het indienen van een offerte een loutere voorbereidingshandeling is van een toekomstige overeenkomst. De offerte is immers het aanbod op grond waarvan de overeenkomst in voorkomend geval tot stand komt door de betekening van de gunning van de opdracht.

Hoe dan ook heeft het door haar aangevoerde koninklijk besluit van 27 maart 1998 geen betrekking op de ondertekening en indiening van een offerte in het kader van een overheidsopdracht en is het bedoeld besluit daarop dan ook niet van toepassing. Artikel 17 van dit koninklijk besluit preciseert enkel dat binnen de externe dienst een persoon die belast is met de leiding en het beheer van de dienst de eindverantwoordelijkheid daarvoor draagt. Artikel 18 somt de opdrachten op van de bedoelde persoon -geen sprake in die opsomming overigens van overheidsopdrachten- en preciseert dat diezelfde persoon uitsluitend verantwoording verschuldigd is aan de raad van bestuur voor zijn activiteiten in verband met de leiding van de dienst. Mogen die bepalingen al betekenen dat de directeur *ad interim* intern de administratieve activiteiten moet opvolgen die samengaan met het deelnemen aan een overheidsopdracht en dat hij hiervoor aan zijn bestuur verantwoording moet afleggen, dan leren de beide bepalingen niets over de vertegenwoordigingsbevoegdheid bij het indienen van de offerte zelf.

Het eerste middelonderdeel is ongegrond.

9.2. Met betrekking tot het tweede onderdeel merkt verwerende partij op dat de opening van de offertes aan de beraadslaging van de raad van bestuur van 7 november 2006 voorafging en dat geen enkel stuk voorligt waaruit blijkt dat R. Corbey toentertijd reeds gemachtigd zou zijn geweest de vzw te vertegenwoordigen, terwijl de volmacht die *post factum* en buiten de termijn voor het indienen van de offertes is gegeven, niet kan worden aanvaard omdat er dan geen enkele verbintenis van de inschrijver voorhanden was op het ogenblik van de indiening van de inschrijving.

Alweer laat verzoekende partij elke poging na om in haar latere procedurestukken dit verweer, bijgevalen in het auditoraatsverslag, te ontkrachten. De Raad ziet daartoe ook geen grond. Hiervóór is voorts al vastgesteld dat verwerende partij het ontbreken van een deugdelijke volmacht als een substantiële onregelmatigheid vermocht te bestempelen. Het tweede middelonderdeel wordt dan ook verworpen.

9.3. Artikel 94, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 vereist dat een gemachtigde bij de offerte de “akte” voegt waaruit zijn be-

voegdheid blijkt, dan wel dat verwezen wordt naar het nummer van de bijlage van het Belgisch Staatsblad waarin zijn bevoegdheden zijn bekendgemaakt. Terecht mag verwerende partij hieruit afleiden dat zij mocht vragen dat haar een rechtsgeldige, bestaande en formele volmacht zou worden voorgelegd. Met eventuele stilzwijgende volmachten had zij geen rekening te houden. Het derde middelonderdeel faalt naar recht.

9.4. Het derde middel wordt in al zijn onderdelen verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 juni 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest