

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 215.006 van 8 september 2011
in de zaak A. 193.512/XII-5905**

In zake: 1. de NV BALLAST NEDAM ENVIRONMENTAL
ENGINEERING
2. de NV B.S.V.
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kristof Keyzer en Bert Gregoir
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Vlaamse Kaai 54-57
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE VLAAMSE AFVALSTOFFEN-
MAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 juli 2009, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij van 27 mei 2009 waarbij de inschrijving van de thv Herbosch-Kiere nv - Aclagro nv uit 9130 Kallo als meest voordelige offerte wordt beoordeeld en waarbij de opdracht voor aanneming van werken wordt gegund aan [deze thv] voor het bedrag van 6.015.146,00 euro excl. btw”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 mei 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pieter Thomaes, die loco advocaten Kristof Keyzer en Bert Gregoir verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest andersluidend 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. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht bij wijze van openbare aanbesteding uit voor de tweede fase van de ambtshalve bodemsaneringswerken van de voormalige PCN-bedrijfsterreinen te Nieuwpoort-stad.

Vijf inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de tijdelijke handelsvennootschap gevormd door de twee verzoekende partijen.

Op 25 mei 2009 wordt een gunningsverslag opgesteld. De offerte van verzoekende partijen wordt niet geselecteerd, in essentie omdat geen van beide leden van de thv over de voor de opdracht vereiste erkenning beschikt.

Op 27 mei 2009 beslist de administrateur-generaal van verwerende partij om de opdracht toe te wijzen aan de thv Herbosch-Kiere - Aclagro.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Probleemstelling

4. In het auditoraatsverslag wordt opgemerkt dat eerste verzoekende partij niet rechtsgeldig in rechte is getreden, in essentie omdat de beslissing om in rechte te treden werd genomen door de gedelegeerd bestuurder en niet door de volgens de statuten daartoe bevoegde raad van bestuur.

5. In hun laatste memorie brengen verzoekende partijen hiertegen in dat de raad van bestuur op 25 maart 2008 heeft beslist om Peter Van Zwieten, de gedelegeerd bestuurder, volledige individuele vertegenwoordigingsbevoegdheid te verlenen om namens de vennootschap op te treden. Hieruit volgt dat de gedelegeerd bestuurder bevoegd is om de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen en alleenhandelend mocht beslissen om in rechte te treden. Beide leden van de tijdelijke handelsvennootschap zijn aldus op rechtsgeldige wijze in rechte getreden en het beroep is bijgevolg ontvankelijk.

In ondergeschikte orde merken verzoekende partijen nog op dat, zelfs al is het beroep niet ontvankelijk in hoofde van eerste verzoekende partij, het dan nog in hoofde van tweede verzoekende partij ontvankelijk is ingesteld. De Raad van State kan dus alsnog oordelen over het verzoek tot nietigverklaring.

Beoordeling

6. De beslissing van eerste verzoekende partij om in rechte te treden voor de Raad van State is genomen door de gedelegeerd bestuurder, Peter Van Zwieten.

In de statuten van de nv Ballast Nedam Environmental Engineering wordt bepaald:

“Artikel 14. Externe vertegenwoordigingsmacht

Indien er drie of meer bestuurders zijn aangesteld, vertegenwoordigt de raad van bestuur als college de vennootschap in alle handelingen in en buiten rechte. Hij handelt door de meerderheid van zijn leden.

Onverminderd de algemene vertegenwoordigingsmacht van de raad van bestuur als college, wordt de vennootschap ten aanzien van derden rechtsgeldig verbonden door ofwel twee bestuurders die gezamenlijk optreden ofwel door de gedelegeerd bestuurder, aan wie individuele vertegenwoordigingsmacht is toegekend.

Indien de vennootschap slechts twee bestuurders telt, wordt zij in en buiten rechte vertegenwoordigd door beide bestuurders, gezamenlijk handelend”.

Er blijken drie bestuurders te zijn aangesteld. Luidens de statuten beschikt de raad van bestuur, handelend bij de meerderheid van zijn leden, in dit geval over de algemene vertegenwoordigingsmacht, in en buiten rechte. De alleenhandelende gedelegeerd bestuurder beschikt aldus enkel over een individuele vertegenwoordigingsmacht om de vennootschap ten aanzien van derden te verbinden. Alle andere daden, waaronder aldus ook de bevoegdheid om de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen, blijven voorbehouden aan de raad van bestuur als college.

De bevoegdheid om de vennootschap “ten aanzien van derden rechtsgeldig [te verbinden]” sluit niet de bevoegdheid in om te beslissen tot het instellen van een annulatieberoep bij de Raad van State. De beslissing tot het instellen van een beroep tot nietigverklaring van een bestuurshandeling bij de Raad van State kan immers geenszins worden gelijkgesteld met het aangaan van een verbintenis. Bovendien kan de Raad van State niet worden beschouwd als een

“derde” ten aanzien van wie verzoekende partij zich zou verbinden, of die een verbintenis zou aangaan tegenover verzoekende partij.

Dienvolgens ontsnapt het instellen van een annulatieberoep bij de Raad van State aan de beslissingsbevoegdheid van de alleenhandelend gedelegeerd bestuurder. Het kwam aldus niet aan deze laatste toe om namens de nv Ballast Nedam Environmental Engineering te beslissen om in rechte te treden voor de Raad van State.

Het standpunt van verzoekende partijen in hun laatste memorie dat de raad van bestuur van eerste verzoekende partij vertegenwoordigingsbevoegdheid om namens de vennootschap op te treden zou hebben verleend aan de gedelegeerd bestuurder Peter Van Zwieten, kan niet worden aanvaard. Deze delegatie dient immers begrepen te worden met het duidelijk en uitdrukkelijk bepaalde in de statuten van eerste verzoekende partij, statuten waardoor de raad van bestuur in zijn handelen gebonden is, namelijk dat het gaat om de bevoegdheid de vennootschap ten aanzien van derden te verbinden.

Uit het voorgaande volgt dat eerste verzoekende partij niet rechtsgeldig in rechte is getreden.

7. Deze vaststelling heeft zijn weerslag op de ontvankelijkheid van het annulatieberoep.

In principe beschikken immers alleen degenen die regelmatig kandidaat zijn geweest voor het uitvoeren van een overheidsopdracht over de vereiste hoedanigheid en een voldoende persoonlijk en rechtstreeks belang om de nietigverklaring na te streven van de beslissing die de betrokken opdracht aan een andere kandidaat toewijst. Immers, zoals de Raad van State reeds heeft gesteld onder meer in zijn arresten nrs. 152.172 en 152.174 van 2 december 2005 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak, strekt het beroep bij de Raad van State tegen een beslissing inzake de toewijzing van een overheidsopdracht, er idealiter toe de verzoekende partij een nieuwe kans te verschaffen om de opdracht zelf toegewezen te krijgen en zelf uit te voeren.

Toegepast op de voorliggende zaak, moet worden vastgesteld dat enkel tweede verzoekende partij, de nv B.S.V., op geldige wijze heeft beslist om voor de Raad van State in rechte te treden tegen de toewijzingsbeslissing. Het was echter niet tweede verzoekende partij die -alleen optredend- een offerte heeft ingediend in de procedure die tot de bestreden toewijzingsbeslissing heeft geleid. De offerte werd integendeel ingediend door een tijdelijke handelsvennootschap bestaande uit de twee verzoekende partijen. Het is dan ook -slechts- die tijdelijke handelsvennootschap die over de vereiste hoedanigheid en het belang beschikt om onderhavig beroep in te dienen.

Een annulatieberoep tegen een toewijzingsbeslissing kan slechts ontvankelijk worden ingesteld door alle vennoten van de betrokken tijdelijke handelsvennootschap, zonder rechtspersoonlijkheid, samen geldig optredend. Alleen handelend mist tweede verzoekende partij aldus de vereiste hoedanigheid en het rechtens vereiste persoonlijk en rechtstreeks belang daartoe, zulks in tegenstelling tot wat verzoekende partijen in hun laatste memorie nog betogen.

8. Het beroep is niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 september 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest