

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.837 van 9 februari 2012
in de zaak A. 197.704/XII-6345**

In zake: de NV ALTRITEMPI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Arnoud Declerck en Eva Roels
kantoor houdend te 8530 Harelbeke
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de KERKFABRIEK ONZE LIEVE VROUW TEN
HEMELOPNEMING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Koen Geelen en Piet Carlier
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 15 september 2010, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de Kerkraad Onze Lieve Vrouw Ten Hemelopneming te Sint-Truiden van 23 maart 2010 houdende de toewijzing van de overheidsopdracht ‘restauratie van de Onze Lieve Vrouw Ten Hemelopnemingskerk te Sint-Truiden : fase 4, perceel 2’ aan de inschrijver Verbeke - Dewitte”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 december 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lieselot Declercq, die loco advocaten Arnoud Declercq en Eva Roels verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. De Kerkfabriek Onze Lieve Vrouw Ten Hemelopneming te Sint-Truiden schrijft een opdracht van de aanneming van werken uit voor de restauratie van de Onze Lieve Vrouw ten Hemelopnemingskerk te Sint-Truiden. Fase 4, perceel 2 betreft de restauratie van de muurschildering Laatste Oordeel, triforia en schilderwerk. De opdracht wordt geraamd op 262.599,74 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 27 augustus 2009 en wordt gegund onder de vorm van een beperkte aanbesteding.

3.3. Zes gegadigden stellen zich kandidaat. Verwerende partij selecteert vijf gegadigden en nodigt hen bij brief van 7 oktober 2009 uit om een offerte in te dienen.

3.4. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek “restauratie van de Onze Lieve Vrouw ten Hemelopnemingkerk te Sint-Truiden fase 4: perceel 2; restauratie muurschildering laatste oordeel, triforia en schilderwerk (dossier 85/61)”.

3.5. Vijf inschrijvers dienen een offerte in voor het volgende inschrijvingsbedrag, btw niet-inbegrepen:

- thv Dewitte – Verbeke	180.702,50 euro
- nv Altritempi	189.975,00 euro
- nv ASVD Darcis	192.600,00 euro
- cvba Profiel	211.020,00 euro
- thv Building - Viering - BJ Delmotte	212.658,00 euro

3.6. Uit het aanbestedingsverslag blijkt dat de offertes na rekenkundig nazicht als volgt worden gerangschikt, bedragen btw niet inbegrepen:

1. thv Dewitte – Verbeke	208.824,70 euro
2. nv Altritempi	212.825,00 euro
3. nv ASVD Darcis	220.220,00 euro
4. cvba Profiel	237.060,00 euro
5. thv Building - Viering - BJ Delmotte	238.915,00 euro

3.7. Op 23 maart 2010 beslist verwerende partij om de opdracht in overeenstemming met het aanbestedingsverslag toe te wijzen aan “Verbeke - Dewitte bvba”.

3.8. Met een brief van 3 juni 2010 wordt het gunningsdossier bezorgd aan de toezichthoudende overheid.

Bij brief van 30 juni 2010 deelt de toezichthoudende overheid mee dat de toewijzing van de opdracht door haar gunstig wordt geadviseerd en dat het dossier met het oog op de definitieve toekenning van de restauratiepremie en de machtiging tot uitvoering van de werken wordt bezorgd aan de Vlaamse overheid, agentschap Ruimte en Erfgoed, Onroerend Erfgoed.

Bij besluit van 7 juli 2010 wordt aan verwerende partij een restauratiepremie toegekend en wordt zij gemachtigd om over te gaan tot uitvoering van de werken.

3.9. Met een op 28 juli 2010 ter post aangetekend verzonden brief deelt verwerende partij aan de niet gekozen inschrijvers mee dat hun offerte niet werd gekozen en dat de opdracht werd toegewezen aan de inschrijver thv Dewitte - Verbeke.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. Verwerende partij voert aan dat het annulatieberoep onontvankelijk is aangezien verzoekende partij in haar verzoekschrift uitsluitend het gunningsbesluit aanvecht en niet het daarmee gepaard gaande goedkeuringsbesluit van de administrateur-generaal van 7 juli 2010 houdende toekenning van de definitieve restauratiepremie. Verzoekende partij had tevens dit laatste besluit moeten aanvechten omdat het bestreden besluit niet uitvoerbaar is zonder het goedkeuringsbesluit en omdat de kern van de discussie die verzoekende partij wenst te voeren elementen betreft die onder de bevoegdheid van de toezichthoudende overheid vallen, namelijk de wettelijkheid van het besluit.

4.2. In het auditorsverslag wordt deze exceptie op gemotiveerde wijze weersproken. Er wordt onder meer geargumenteed dat de gunningsbeslissing niet onderworpen is aan goedkeuringstoezicht en dat het besluit van 7 juli 2010 enkel een subsidieregeling betreft.

4.3. In haar laatste memorie beperkt verwerende partij zich tot het stellen dat zij “kennis genomen [heeft] van het standpunt van de Auditeur” en dat

zij “ter zake haar argumentatie [herneemt] zoals ontwikkeld in de memorie van antwoord”.

5. Gegeven het feit dat verwerende partij in haar laatste memorie inhoudelijk geen weerwerk biedt tegen het beredeneerd standpunt in het auditorsverslag mag de Raad van State zich hier beperken tot het bijvallen van dit terechte standpunt. De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

6. Verzoekende partij voert in haar inleidend verzoekschrift de schending aan van de artikelen 93 en 94, *juncto* 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Zij wijst erop dat een regelmatige inschrijving vereist dat de offerte van een tijdelijke handelsvennootschap is ondertekend door elke partner van de tijdelijke handelsvennootschap. Verwerende partij diende volgens haar bij het onderzoek van de offertes vast te stellen dat de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap De Witte – Verbeke wegens de niet-ondertekening door de bvba De Witte en wegens het ontbreken van een volmacht voor de bvba De Witte, behept was met een substantiële onregelmatigheid en deze offerte verplicht buiten beschouwing te laten.

Geconfronteerd met de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap De Witte - Verbeke, diende verwerende partij volgens haar zowel in rechte als in feite de nodige onderzoeken te doen teneinde de gelijkheid der inschrijvers te waarborgen. Het toewijzen van de opdracht aan een onregelmatige inschrijver houdt volgens verzoekende partij ook een schending van het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel in.

7. Verwerende partij merkt in de eerste plaats op dat de artikelen 93 en 94 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet geschonden zijn aangezien er wel een volmacht was neergelegd bij verwerende partij. In het kandidaatstellingsdossier bevindt zich immers het “protocol van tijdelijke vereniging” van 4 september 2009 waarin *in fine* de volgende volmacht wordt verstrekt: “De vennoten hebben volmacht om de tijdelijke vereniging te vertegenwoordigen t.o.v. de bouwheer, architect en derden”. Dit impliceert volgens verwerende partij dat elk van de vennoten de tijdelijke handelsvennootschap kan verbinden. Voormelde artikelen 93 en 94 laten volgens haar ook toe dat offertes door gemachtigden kunnen worden ingediend en dat er op voorhand een volmacht wordt neergelegd waarnaar verwezen kan worden bij de toewijzing van latere opdrachten.

Indien de Raad van State de volmacht niet zou aanvaarden, dan nog meent verwerende partij dat zij in het voorliggende geval het offerteformulier dat door één vennoot werd ondertekend mocht aanvaarden op basis van de theorie van het schijnmandaat. Te dezen mag elke derde er op voortgaan dat alle vennoten in de tijdelijke handelsvennootschap rechtmatig verbonden waren door de vertegenwoordigende handtekening van de vermeende zaakvoerder. Bovendien stelt artikel 50 van het Wetboek van Vennootschappen uitdrukkelijk dat de vennoten van een tijdelijke handelsvennootschap verbonden zijn door een verbintenis aangegaan door één van de vennoten als de zaak tot voordeel van de vennootschap heeft gestrekt.

Ten slotte voert verwerende partij in ondergeschikte orde nog aan dat in geval dat het offerteformulier door één van de deelgenoten van een tijdelijke handelsvennootschap werd ondertekend zoals hier, er geen sprake zou zijn van een absolute, doch slechts van een relatieve nietigheid. In het geval dat de offerte ondertekend is door één persoon is er in elk geval een aangegane verbintenis en rijst enkel nog de vraag of het gebrek aan ondertekening door de tweede deelgenoot de gelijkheid of de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt, wat door verzoekende partij niet zou worden aangetoond.

8. Verzoekende partij repliceert dat het “protocol van tijdelijke vereniging” dat gevoegd werd bij de kandidaatstelling geenszins betekent dat in

het kader van de offerte de ondertekening door beide deelgenoten niet langer vereist zou zijn. Volgens artikel 93, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 moet elk van de vennoten de offerte ondertekenen. Bovendien zou de tijdelijke handelsvennootschap De Witte - Verbeke in haar offerte overeenkomstig artikel 93 zelf aangewezen hebben wie van hen ermee belast is de vennootschap ten aanzien van de aanbestedende overheid te vertegenwoordigen en dat zouden Jan Verbeke en Peter De Witte zijn; van een eventuele volmacht in de offerte is volgens haar geen sprake.

Daarnaast dient volgens verzoekende partij in het kader van een beperkte aanbesteding de kandidatuur duidelijk te worden onderscheiden van de offerte. Een verwijzing naar een niet nader gepreciseerde bijlage van de kandidatuur voldoet volgens haar niet. Overeenkomstig artikel 94 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dient de volmacht bij de offerte zelf te worden gevoegd.

Voorts hoort de theorie van het schijnmandaat volgens verzoekende partij thuis in het klassieke verbintenissenrecht doch geenszins in het overheidsopdrachtenrecht. De overheid moet een substantieel onregelmatige offerte buiten beschouwing laten, zonder dat regularisatie mogelijk is. Het zou volgens haar onaanvaardbaar zijn dat een overheid een substantieel vormvoorschrift zou negeren door zich op grond van betwistbare indiciën te beroepen op een schijnmandaat. Als krachtens een uitdrukkelijke wettelijke bepaling een volmacht op straffe van nietigheid bij een offerte dient te worden gevoegd, kan een overheid zich niet beroepen op een “schijn” van volmacht.

Ten slotte merkt zij op dat zowel het niet ondertekenen van de offerte als het ondertekenen door slechts één van de deelgenoten van de tijdelijke handelsvennootschap, een schending inhoudt van een essentiële vormvereiste, die verplicht diende te worden gesanctioneerd met een absolute nietigheid. Louter ondergeschikt merkt zij op dat zelfs in geval van relatieve onregelmatigheid de aanbestedende overheid deze onregelmatigheid had moeten laten regulariseren. Dit blijkt hier niet te zijn gebeurd en de offerte van de thv De Witte – Verbeke moest dus in ieder geval worden geweerd.

9. In haar laatste memorie merkt verwerende partij op dat zij haar standpunt uitdrukkelijk kracht wenst bij te zetten met de regels uit het vennootschapsrecht die het optreden van een tijdelijke handelsvennootschap bepalen. Zij voert daartoe in wezen aan dat uit deze regels volgt dat een volmacht die toelaat dat één vennoot optreedt namens de thv tegelijkertijd ook toelaat dat deze optreedt namens de vennoten in deze thv.

In elk geval, zo vervolgt verwerende partij, leidt de toepassing van het schijnmandaat evenzeer tot de conclusie dat de ondertekening door J. Verbeke geacht moet worden ook te zijn gebeurd als lasthebber namens de bvba De Witte.

Ten slotte wijst verwerende partij erop dat de thv De Witte – Verbeke de haar toegewezen opdracht intussen heeft uitgevoerd zodat in elk geval moet worden aangenomen dat de bvba De Witte de in de offerte opgenomen verbintenis heeft bekrachtigd.

Beoordeling

10. De artikelen 93 en 94 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarvan de schending wordt ingeroepen, bepalen het volgende:

“Artikel 93.

§ 1 Wanneer de inschrijver een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid is opgericht door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen, wordt de offerte ondertekend door ieder van die personen, die verplicht zijn zich hoofdelijk te verbinden en aan te wijzen wie van hen ermede belast zal zijn de vereniging ten overstaan van de aanbestedende overheid te vertegenwoordigen.

Onverminderd artikel 11 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, moeten de leden van dergelijke vereniging de bepalingen van de artikelen 89 tot 92 en 103 naleven, alsof zijzelf de inschrijver zouden zijn.

§ 2 Bij beperkte procedure kan, indien het bestek het toelaat, de aanbestedende overheid een offerte, ingediend door een tijdelijke vereniging die niet geselecteerde personen bevat aanvaarden, voor zover minstens één geselecteerde kandidaat deel uitmaakt van deze vereniging.”

en

“Artikel 94.

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.”

Uit deze artikelen dient te worden afgeleid dat elke offerte ingediend door een thv ondertekend dient te worden door al de leden van deze thv behoudens volmacht.

11. Het gebrek aan ondertekening van een offerte is een substantiële onregelmatigheid die de nietigheid van de inschrijving met zich brengt.

12.1. Volgens de offerte is deze ingediend door de thv Dewitte – Verbeke, bestaande uit de bvba Verbeke en de bvba Dewitte. Ze is onder de vermelding “inschrijver(s)” enkel ondertekend door “Jan Verbeke zaakvoerder”.

12.2. Zelfs mocht het standpunt van verwerende partij worden aangenomen dat een volmacht die toelaat dat één vennoot optreedt namens de thv, tegelijkertijd ook toelaat dat deze optreedt namens de vennoten in deze thv, dan nog dient te worden vastgesteld dat de offerte enkel is ondertekend door “Jan Verbeke zaakvoerder” zonder dat blijkt dat hij namens de thv heeft ondertekend, laat staan namens de bvba Dewitte, zoals nochtans uitdrukkelijk door voornoemd artikel 93 vereist.

12.3. Evenmin kan het verweer worden aanvaard waar het zich beroept op de theorie van het schijnmandaat. De ondertekenaar van de offerte die

enkel in eigen naam ondertekent, heeft nergens de schijn gewekt eveneens op te treden voor de bvba Dewitte.

12.4. Ten slotte kan de uitvoering van de opdracht die volgens verwerende partij de bekrachtiging van de offerte door de bvba Dewitte zou inhouden, niet worden aanvaard als gelijk te staan met de ondertekening van de offerte bij het indienen ervan. Het ontbreken van ondertekening is zoals gezien een substantiële onregelmatigheid die niet kan worden hersteld, *a fortiori* niet door feitelijke handelingen gesteld ná het nemen van de gunningsbeslissing.

13. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Kerkraad Onze Lieve Vrouw Ten Hemelopneming te Sint-Truiden van 23 maart 2010 waarbij de overheidsopdracht restauratie van de Onze Lieve Vrouw Ten Hemelopnemingskerk te Sint-Truiden : fase 4, perceel 2 aan de thv Dewitte – Verbeke wordt toegewezen.

2. De verwerende 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 9 februari 2012, door de Raad van State, XIIe 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