

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 225.859 van 17 december 2013

in de zaak A. 210.727/XII-7502

In zake: de BVBA OFFICE DEPOT INTERNATIONAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster
kantoor houdend te 2980 Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP,
Agentschap voor Facilitair Management
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA STAPLES BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pascal Mallien
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 november 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de toewijzingsbeslissing van de Vlaamse Overheid, Agentschap voor Facilitair Management [...] betreffende het leveren van kantoorbenodigdheden op afroep, bestek 2013/AFM/OO/22412 dd. 31 oktober 2013”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 21 november 2013 heeft de bvba Staples Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 december 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Leopold Schellekens en Pieter-Jan Van Houdenhove, die loco advocaat David D'Hooghe verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Pascal Mallien, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag voor leveringen uit met als voorwerp het leveren van kantoorbenodigdheden op afroep. De aankondiging betreft een raamovereenkomst met één onderneming met een looptijd van drie jaar.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 mei 2013 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 31 mei 2013.

3.3. Voor het indienen van de offertes is het gebruik van elektronische middelen verplicht gesteld. De offertes dienen elektronisch te worden overgelegd via de e-tendering applicatie.

3.4. In het toepasselijke bestek met referentie 2013/AFM/OO/22412 is betreffende de bij de offerte te voegen documenten het volgende bepaald:

“Voor de beoordeling van de offerte moeten volgende bescheiden, stalen en attesten bij de offerte gevoegd worden:

1. De documenten die de handtekenbevoegdheid van de ondertekenaar(s) van de offerte staven (=Stuk 1)

[...]
”

Tevens bepaalt het bestek dat de persoon die de offerte elektronisch ondertekent hiervoor gemachtigd moet zijn door de statuten of een volmacht.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 9 juli 2013. Er worden drie offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en van de bvba Staples Belgium.

Bij het formeel nazicht van de offertes in het aanbestedingsverslag wordt vastgesteld dat de offerte voor de verzoekende partij elektronisch werd ondertekend door V.V.B., maar dat de handtekeningsbevoegdheid voor de verzoekende partij niet bij deze persoon ligt maar bij F. B.

3.6. Bij e-mail van 30 september 2013 en bij brief van 1 oktober 2013 laat de verwerende partij aan de verzoekende partij weten dat uit de stukken bij de offerte niet kan worden afgeleid of daarbij de “laatste versie van de gecoördineerde statuten” werd gevoegd. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij bevestigt dat zij de “laatste gecoördineerde versie” van haar statuten heeft gevoegd bij de offerte of om die laatste versie aan de verwerende partij te bezorgen.

3.7. Bij e-mail van 9 oktober 2013 laat de verzoekende partij weten dat het bij de offerte gevoegde uittreksel van het Belgisch Staatsblad de laatste

versie is. Bovendien bezorgt zij de verwerende partij een niet-gedagtekende volmacht met volgende inhoud:

“Hierbij geef ik ondergetekende, [F.B.], kantoorhoudende te [...] Nederland, zaakvoerder van de firma Office Depot International bvba, statutair gevestigd te 2870 Puurs en kantoorhoudende aan [...], Een éénmalige volmacht aan mevrouw [V.V.B.], Tender Specialist bij Office Depot International bvba kantoorhoudende aan [...] 2870 Puurs, die aanvaardt,
De bvba Office Depot International, met zetel te 2870 Puurs [...] op 9 juli 2013 te vertegenwoordigen ten aanzien van het ondertekenen van de elektronische offerte aangaande de opdracht 2013/AFM/OO/22412 van de Vlaamse Overheid, Agentschap voor Facilitair Management – levering van kantoorbenodigdheden op afroep.
De uitoefening van deze éénmalige volmacht zal geschieden in overeenstemming met de geldende interne procuratieregels, zoals deze ook zijn neergelegd in de ‘Delegation of Authority Policy’ laatst geldende versie”.

3.8. In het gunningsverslag van 18 oktober 2013 wordt vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij formeel onregelmatig is wegens het ontbreken van de elektronische handtekening van een persoon die de inschrijver rechtsgeldig mag verbinden. Zulks wordt gemotiveerd als volgt:

“Offerteformulier ingevuld en elektronisch ondertekend: De offerte is elektronisch ondertekend door mevrouw [V.V.B.]
De documenten die de handtekenbevoegdheid van de ondertekenaar(s) van de offerte staven (=Stuk 1): niet bijgevoegd. Uit de bijgevoegde stukken kan niet besloten worden dat mevrouw [V.V.B.] de onderneming rechtsgeldig kan verbinden. Teneinde de handtekeningsbevoegdheid van mevrouw [V.V.B.] na te gaan werd schriftelijk aan de inschrijver gevraagd de laatste versie van de gecoördineerde statuten te bezorgen of te bevestigen dat deze laatste versie bij de offerte werden gevoegd. Als antwoord bezorgde de inschrijver een document ‘eenmalige volmacht’ waarbij een zaakvoerder een volmacht geeft aan mevrouw [V.V.B.] om op 9 juli 2013 de offertes elektronisch te ondertekenen. Dit volmachtdocument is na opening van offertes verstrekt en bezit geen vaste datum vastgesteld via een authentieke akte. Het bestaan van deze volmacht op het moment van de opening van de offertes kan hiermee niet vastgesteld worden. De rechtsgeldige ondertekening van de offertes is hiermee niet aangetoond: niet OK”.

In het gunningsverslag wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de “nv Staples Belgium”.

3.9. Bij beslissing van 28 oktober 2013 van de administrateur-generaal van het agentschap voor Facilitair Management wordt de opdracht gegund aan “Staples Belgium nv” . Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Bij een op 31 oktober 2013 ter post aangetekende brief wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij tot tussenkost dient zich aan als “bvba Staples Belgium”. Deze bvba blijkt een offerte te hebben ingediend. De opdracht lijkt wel te zijn gegund aan de “nv Staples Belgium”. In het aanbestedingsverslag en in de gunningsbeslissing blijkt de aanbestedende overheid, klaarblijkelijk bij wijze van verschrijving, telkens gewag te maken van de “nv” Staples Belgium. Er blijkt wel identiteit van ondernemingsnummer tussen de betrokken inschrijver en de verzoekende partij tot tussenkost, zodat er mag worden van uitgegaan dat laatstgenoemde er belang bij heeft dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering en werpt daartoe een aantal excepties op.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

6.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ nog van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

7. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 1984, 1985 en 1998 B.W. en de artt. 90, §1; 94, 110, §2 van het Koninklijk Besluit van

8 januari 1996 alsmede het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

In het verzoekschrift geeft zij de volgende “samenvatting” van het middel:

“De aanbestedende overheid heeft ten onrechte de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig afgewezen. Op grond van art. 1988 van het B.W. staat immers de verbintenis op het moment van het indienen van de offerte onbetwistbaar vast. De lastgever heeft immers de mondelinge lastgeving bekrachtigd en deze bekrachtiging heeft terugwerkende kracht. De verzoekende partij was bij het indienen van de offerte wel degelijk gebonden door haar offerte omwille van de verstrekte volmacht aangezien deze in elke geval een bekrachtiging inhoudt. De verwerende partij heeft ten onrechte geoordeeld dat het volmachtdocument een vaste datum zou moeten hebben door middel van een authentieke akte”.

In de “uiteenzetting” van het middel verklaart de verzoekende partij dat zij zich ervan bewust is dat zij een ander standpunt inneemt dan de rechtsleer, die zij vermeldt, en zij geeft eveneens aan dat er in de rechtspraak van de Raad van State aanwijzingen te vinden zijn dat de Raad de rechtsleer bijvalt; zij verwijst daartoe naar het arrest nr. 213.959 van 17 juni 2009.

Beoordeling

8.1. In essentie huldigen, zoals ook de verzoekende partij toegeeft, de rechtsleer en het voormelde arrest het standpunt dat een volmacht tot ondertekening van een offerte niet post factum mag worden gegeven.

In het arrest nr. 213.959 van 17 juni 2011 heeft de Raad van State dit standpunt als volgt verwoord:

“Met betrekking tot het tweede onderdeel merkt de 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.C.] 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 de 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 de verwerende partij het ontbreken van een deugdelijke volmacht als een substantiële onregelmatigheid vermocht te bestempelen. Het tweede middelonderdeel wordt dan ook verworpen”.

8.2. De verzoekende partij heeft zoals gezien kennis van dit arrest, maar is de mening toegedaan dat het oordeel van de Raad van State niet correct is en ingaat tegen de wettelijke bepalingen inzake de lastgeving, zoals bepaald in de artikelen 1984 en volgende van het Burgerlijk Wetboek. Zij vraagt dan ook in wezen dat de Raad van State in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, waarin de mogelijkheden tot onderzoek van de zaak zijn beperkt tot een strikt minimum, zou ingaan tegen een eerdere uitspraak van de Raad van State in een beroep tot nietigverklaring waarin een onderzoek ten gronde werd verricht.

8.3. De verwerende en de tussenkomenende partij bieden verweer tegen de stelling van de verzoekende partij.

Voorts wordt ook in het mondelinge advies ter terechtzitting van het auditoraat de verzoekende partij niet bijgevalen. Dit wordt onder meer als volgt verwoord:

- De aankondiging en het bestek bepalen dat offertes enkel elektronisch mogen worden ingediend via de e-tendering website die de naleving waarborgt van artikel 81^{quater}, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ . In het bestek wordt uitdrukkelijk bepaald dat de persoon, die de offerte elektronisch ondertekent, hiervoor moet zijn gemachtigd in de statuten of een volmacht moet hebben. Ook artikel 94, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 vereist dat een gemachtigde bij de offerte de “akte” voegt waaruit zijn bevoegdheid blijkt, dan wel dat verwezen wordt

naar het nummer van de bijlage van het Belgisch Staatsblad waarin zijn bevoegdheden zijn bekendgemaakt.

- Er werd bij de offerte van verzoekende partij geen akte gevoegd waaruit blijkt dat V.V.B. was gemachtigd om de verzoekende partij te verbinden en dus de offerte elektronisch in te dienen. Integendeel, er wordt verwezen naar de volmacht die blijkt uit de bijlage bij het Belgisch Staatsblad van 14 september 2011, waaruit volgt dat F. B. werd benoemd tot zoekvoerder van categorie A. Niets is echter vermeld aangaande V.V.B.
- De verzoekende partij lijkt niet aan te tonen dat de artikelen 1984, 1985 en 1998 van het Burgerlijk Wetboek niet toelaten dat, wanneer in het kader van een overheidsopdracht door een inschrijver een volmacht wordt gebruikt, mag worden geëist dat die volmacht bij de offerte wordt gevoegd. Het bijvallen van het standpunt van de verzoekende partij zou er namelijk toe leiden dat de aanbestedende overheid geen enkele zekerheid heeft aangaande de verbintenissen van de inschrijver waarvan de lasthebber zonder of buiten de volmacht heeft opgetreden, omdat slechts bij bekrachtiging door de lastgever van de verbintenissen van de lasthebber die inschrijver zich zal hebben verbonden voor de opdracht. Gelet op artikel 94, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 lijkt de aanbestedende overheid het recht te hebben om een inschrijving als onregelmatig te weren wanneer deze niet de stukken of inlichtingen bevat die moeten toelaten vast te stellen dat de ondertekenaar van de inschrijving de bevoegdheid heeft om de rechtspersoon namens welke hij optreedt, te verbinden. Op het ogenblik van de inschrijving bleek niet dat de verzoekende partij zich verbond tot de inschrijving, ook gelet op het uitdrukkelijke besteksvereiste dat de elektronische handtekening moet uitgaan van een bevoegd persoon die hiervoor is gemachtigd door de statuten of een volmacht die bij de offerte moest zijn gevoegd.
- Dat een bekrachtiging conform artikel 1998 van het Burgerlijk Wetboek terugwerkende kracht zou hebben op voorwaarde dat de door derden verkregen rechten niet worden aangetast, lijkt op het eerste gezicht geen afbreuk te doen aan de vaststelling dat de verzoekende partij niet heeft

voldaan aan het vereiste dat een gemachtigde bij de offerte de “akte” voegt waaruit zijn bevoegdheid blijkt op het ogenblik van de indiening van de inschrijving.

- Er lijkt dan ook te moeten worden geoordeeld dat de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en het aangehaalde beginsel niet heeft geschonden door de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren wegens het ontbreken van de elektronische handtekening van een persoon die de inschrijver rechtsgeldig mag verbinden.

9. Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de visie van de verzoekende partij niet enkel in tegenstrijd is met rechtspraak en rechtsleer, maar ook nog voorwerp is van kritiek in het mondelinge advies ter terechtzitting van het auditoraat. Het middel dat van die visie uitgaat vertoont aldus niet de hoge graad van evidentie die nodig is om het ernstig te bevinden, en al zeker niet om een wijziging te verantwoorden van vroegere rechtspraak ten gronde, mocht het nastreven van een dergelijke wijziging in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de onderhavige in te passen zijn.

Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

10. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Staples Belgium tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 december 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest