RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 226.982 van 31 maart 2014
in de zaak A. 211.857/XII-7618

In zake: de CVBA VOORUIT NR. 1
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK WELZIJN VAN GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Melissa Verplancke
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partij tot tussenkomst:

de NV M.D.D. PHARMA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Van Camp

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 maart 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

"- de beslissing van 11 februari 2014 van het OCMW Gent, meegedeeld per e-mail d.d. 20 februari 2014, inzake de toewijzing van een opdracht voor de

levering van geneesmiddelen en farmaceutische specialiteiten aan M.D.D. Pharma nv,

- de impliciete beslissing om de voormelde opdracht niet aan [de cvba Vooruit nr. 1] te gunnen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 17 maart 2014 heeft de nv M.D.D. Pharma gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting van 25 maart 2014, welke werd uitgesteld naar de terechtzitting van 27 maart 2014, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rika Heijse en Liesbet Bombeke, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Leopold Schellekens en Jan Van Camp, die verschijnen 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. Het OCMW van Gent schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor de levering (aankoop) van goederen met als voorwerp 'Levering van

geneesmiddelen en farmaceutische specialiteiten' aan de vier woonzorgcentra van het OCMW van Gent.

De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. FM/2013/155. De raming van de opdracht bedraagt 795.000,00 euro, btw inbegrepen. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 april 2013 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 16 april 2013.

3.2. In het bijzonder bestek wordt inzake de vorm en inhoud van de offerte onder meer vermeld:

> "Bij zijn offerte voegt de inschrijver de statuten van de vennootschap en alle wijzigingen. Indien de documenten niet zelf door de gedelegeerd bestuurder of de zaakvoerder van de vennootschap ondertekend zijn, voegt hij tevens bij zijn offerte de volmacht, waaruit blijkt dat hij of zij, die ondertekent, gemachtigd is de documenten rechtsgeldig te ondertekenen."

Inzake het indienen van de offerte wordt onder meer bepaald:

> "De offertes moeten elektronisch worden overgelegd via de e-tendering applicatie. De met elektronische middelen opgestelde offertes moeten in overeenstemming met artikel 81 quater, § 1 van het KB van 8 januari 1996 worden opgesteld.
> De offertes moeten worden opgemaakt in PDF, Word of Excel. Verschillende documenten mogen samen in één ZIP-file ingediend worden. […]
> De persoon die de offerte elektronisch ondertekent moet hiervoor gemachtigd zijn in de statuten of moet een volmacht hebben."

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 6 juni 2013. Er werden vier offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en de nv M.D.D. Pharma.

3.4. De aanbestedende overheid besluit op 11 februari 2014 om de opdracht te gunnen aan de nv M.D.D. Pharma. Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

3.5. Bij een ter post aangetekende brief zonder datum en per e-mail van 18 februari 2014 wordt de gunningsbeslissing betekend aan de verzoekende partij. Wegens een fout in het e-mailadres van de verzoekende partij wordt deze beslissing haar opnieuw per e-mail opgestuurd op 19 februari 2014; als bijlage bij die beslissing zit een gunningsverslag van 31 juli 2013 waarin wordt voorgesteld om de opdracht niet te gunnen.

3.6. Bij e-mail van 20 februari 2014 laat de verwerende partij aan de verzoekende partij weten dat in de e-mail van 19 februari 2014 verkeerde bijlagen waren opgenomen en wordt de gunningsbeslissing opnieuw betekend aan de verzoekende partij. Als bijlage is het gunningsverslag van 16 januari 2014 opgenomen, waarin wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij tot tussenkomst. Dit alles wordt herhaald met een aangetekende brief van 24 februari 2014.

Inzake het administratief en technisch nazicht van de offertes wordt gemotiveerd:

> "Volgende offertes worden door het bestuur nietig verklaard of onregelmatig bevonden:
> 1. Lloydspharma Group nv
> De offerte is niet rechtsgeldig ondertekend.
> Krachtens artikel 17 van de statuten kan Lloydspharma Group nv enkel rechtsgeldig vertegenwoordigd worden door twee bestuurders samen. De offerte werd elektronisch enkel door één bestuurder ondertekend. Er is geen volmacht gevoegd bij de offerte. Er is wel een inschrijvingsformulier dat manueel door twee bestuurders werd ondertekend. Een manuele ondertekening volstaat evenwel in het kader van een elektronische offerte niet (zie artikel 81quater § 1, 1° van het KB van 8 januari 1996 en RvS 29 mei 2013, nr. 223.636, bvba Estate and Landscape Management : een ingescande handtekening volstaat niet, zelfs niet bij technische problemen).
> Krachtens artikel 89 van het KB van 08/01/1996 is de vereiste ondertekening van het inschrijvingsbiljet een substantiële formaliteit, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte tot gevolg heeft.
> De korting is bovendien niet vermeld op het inschrijvingsformulier zelf. De korting is echter wel vermeld op een ander document van de offerte, dat ook elektronisch is ondertekend door de bevoegde persoon. Bijgevolg bestaat er voldoende juridische zekerheid over de verbintenis van de inschrijver inzake de aangeboden korting. De niet-vermelding op het inschrijvingsformulier kan dus hoogstens als een relatieve

onregelmatigheid beschouwd worden. De niet-vermelding ligt dus niet aan de basis van de onregelmatigverklaring van de offerte. […]"

en

"De volgende offertes worden door het bestuur als regelmatig beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn:
2. M.D.D. Pharma nv
Inhoudelijk en vormelijk in orde.
Alle vereiste documenten zijn bij de offerte gevoegd.
De offerte werd rechtsgeldig ondertekend. Uit de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 21 september 2009 blijkt dat [N.L.] gedelegeerd bestuurder is en [S.C.] bestuurder. Deze publicatie is niet bij de offerte gevoegd, noch wordt ernaar in de offerte verwezen. Het is evenwel duidelijk dat de offerte rechtsgeldig werd ondertekend. Gelet op het openbare karakter van de bijlagen bij het BS, kan er hoogstens sprake zijn van een relatieve onregelmatigheid.
De offerte bevat geen voorbehouden en/of inhoudelijke afwijkingen.
4. Vooruit nr. 1 cvba […]."

IV. Tussenkomst

4. De nv M.D.D. Pharma blijkt voordeel te halen uit de bestreden gunningsbeslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij werpt een ontvankelijkheidsexceptie op met betrekking tot het in rechte treden van de verzoekende partij. Mocht deze exceptie al als ernstig moeten worden beschouwd in het licht van artikel 3, 4°, van de algemene procedureregeling *iuncto* artikel 8, tweede lid, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 'tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State', bestaat er vooralsnog geen noodzaak om erover uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de aangevochten beslissing *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

Te dezen is evenwel nog 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' van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, tweede lid, is de verzoekende partij verplicht tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

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

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan van de beginselen van behoorlijk bestuur "inzonderheid van het wettigheidsbeginsel, en het gelijkheidsbeginsel", van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 'betreffende overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten' en artikel 94 *iuncto* artikel 89 en artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 van januari 1996 'betreffende de overheidsopdrachten

voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken'.

Zij betoogt in het verzoekschrift dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

> "Doordat een offerte van een rechtspersoon slechts rechtsgeldig is ingediend wanneer zij is ondertekend door de persoon/personen die conform de toepasselijke wetgeving en interne besluitvorming van de rechtspersoon bevoegd zijn om de rechtspersoon in rechte te verbinden,
> Terwijl in deze moet worden vastgesteld dat de offerte van MDD Pharma slechts door één bestuurder digitaal is ondertekend en dat de volmacht van een andere bestuurder ontbreekt,
> Zodat de offerte van MDD Pharma niet rechtsgeldig elektronisch is ondertekend en bijgevolg de rechtspersoon niet verbindt. De offerte van MDD Pharma is substantieel onregelmatig. De voorliggende overheidsopdracht kan aldus niet aan MDD Pharma worden gegund omdat zij niet de laagste regelmatige offerte heeft ingediend."

Zij wijst onder meer op artikel 94 van het voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat voorschrijft dat de offerte duidelijk de volmachtgever vermeldt voor wie wordt gehandeld en dat de gemachtigde bij de offerte de akte voegt waaruit zijn bevoegdheid blijkt of een gewaarmerkt afschrift van zijn volmacht. Zij wijst erop dat hoewel de aanbestedende overheid bewijsstukken mag opvragen na de indiening van de offerte, het in elk geval niet toegelaten is dat de bevoegdheid van de ondergetekende persoon retroactief zou worden bevestigd.

Uit de statuten van de tussenkomende partij blijkt dat haar offerte diende te worden ondertekend door haar gedelegeerd bestuurder N.L., die maar bevoegd is tot 5.000,00 euro, samen met een tweede bestuurder, W.L. of S.C.; te dezen is de offerte enkel elektronisch ondertekend door de gedelegeerd bestuurder N.L. en dit op 4 juni 2013. Weliswaar is er een pdf-bestand genaamd 'volmacht MDDPharma.pdf' bij de offerte gevoegd doch het word-bestand 'volmacht.docx', dat volgens het proces-verbaal van opening der offertes elektronisch op 1 juni 2013 zou zijn ondertekend door de tweede bestuurder S.C. blijkt zich niet in het elektronisch dossier te bevinden. Er dient dus te worden aangenomen dat er geen volmacht is en de offerte dus niet door twee bestuurders is ondertekend en

dienvolgens moet worden geweerd. Aldus is het wettigheidsbeginsel geschonden; evenzeer is het gelijkheidsbeginsel geschonden omdat de offerte van de inschrijver de nv Lloydspharma Group werd geweerd niettegenstaande ook hij geen volmacht had voorgelegd, net zoals de tussenkomende partij.

Na kennisname van het administratief dossier laat de verzoekende partij ter terechtzitting nog gelden dat uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij op 14 maart 2014 volgende vraag per e-mail stelde aan de federale dienst van e-procurement:

> "In het dossier OCMW Gent-PPP0LI-179/003/2013-04-11/FM/2013/155-F-02 beweert de firma M.D.D. Pharma een volmacht te hebben opgeladen in zijn offerte. OCMW Gent ziet echter enkel een elektronisch volmachtdocument in pdf. Kan u de reden hiervan meedelen?"

Hierop antwoordde deze federale dienst met een e-mail van 17 maart 2014 het volgende:

> "De inschrijver MDD Pharma heeft via de functionaliteit 'volmachtdocumenten' een volmacht opgeladen in docx-formaat. Deze volmacht werd vervolgens digitaal ondertekend door [S.C.] (deze persoon zou de mandaathouder moeten zijn).
> De op deze manier gegenereerde 'elektronische volmacht' kan als zip-bestand worden gedownload. Het is dit zip-bestand (bestaande uit de volmacht en de digitale handtekening van de mandaathouder) dat bij de offerte moet worden gevoegd.
> Daarnaast kan de inschrijver een pdf-document opvragen waarin een overzicht wordt gegeven van de gecreëerde elektronische volmacht. Hierin vindt men o.a. informatie over de handtekening op het volmachtdocument alsook de hashcode van het volmachtdocument. Het pdf-document zelf is echter niet de volmacht en bevat ook geen digitale handtekening.
> De inschrijver in kwestie heeft bovenvermeld pdf-bestand bij de offerte gevoegd, maar niet het zip-bestand."

Uit dit antwoord leidt de verzoekende partij opnieuw af dat er wat de gekozen inschrijver betreft geen elektronisch ondertekende volmacht in het elektronisch offertedossier aanwezig is aangezien het zip-bestand ontbreekt en dat de verwerende partij dus niet beschikte over een volmacht tot ondertekening van de offerte van een tweede bestuurder aan de gedelegeerd bestuurder.

Beoordeling

8. Artikel 16 van de statuten van de tussenkomende partij luidt:

> "De raad van bestuur vertegenwoordigt de vennootschap jegens derden en in rechte als eiser of als verweerder.
> Onverminderd deze algemene vertegenwoordigingsmacht van de raad van bestuur, handelend met de meerderheid van zijn leden, zal de vennootschap tegenover derden geldig vertegenwoordigd en verbonden zijn door één gedelegeerd bestuurder alleen optredend, voor zover dit een bedrag van vijfduizend Euro niet overtreft. Boven dit bedrag of in geval van vervreemding van onroerende goederen of hypotheekstelling, zal de vennootschap geldig vertegenwoordigd worden door de gedelegeerde bestuurder optredend samen met één andere bestuurder."

9. Er is geen betwisting over het feit dat de gedelegeerde bestuurder N.L. de offerte van de tussenkomende partij elektronisch heeft ondertekend. Ook wordt vastgesteld dat in het document 'volmacht MDDPharma.pdf', gecreëerd via e-procurement verwezen wordt naar het document 'volmacht.docx' dat zich echter, zoals de federale dienst van e-procurement vaststelt, niet bevindt in het elektronisch offertedossier.

10. Uit een proces-verbaal van 24 maart 2014, opgesteld door gerechtsdeurwaarder Indekeu op vraag van de tussenkomende partij, blijkt dat dit document 'volmacht.docx', dat elektronisch werd opgeladen op 1 juni 2013 en werd ondertekend door S.C. op dezelfde datum, maar dus niet bij het elektronisch offertedossier werd gevoegd, luidt:

> "Hierbij geeft [S.C.], bestuurder M.D.D.Pharma en wonende te […] de volmacht aan [N.L.], bestuurder M.D.D.Pharma en wonende te […] om de offerte voor levering van geneesmiddelen en farmaceutische specialiteiten digitaal in te dienen via e-tendering voor de firma M.D.D.Pharma."

Dit document dragende het hashnummer 7WVmY3phrq/vqFRHCJ01HSYu2T+Sp9CQihkLwvAxMQU lijkt hetzelfde document als dit waarnaar in het document 'volmacht MDDPharma.pdf' wordt verwezen.

Uit dit alles mag worden afgeleid dat er op 1 juni 2013 een elektronisch ondertekende volmacht gegeven werd door S.C. aan N.L. voor de ondertekening van de offerte door N.L. op 4 juni 2013.

Dit lijkt ook te sporen met de e-mail van de federale dienst e-procurement van 17 maart 2014 waarin deze dienst als volgt concludeert:

> "- de volmacht bestond vóór het indienen van de offertes (zie pdf), maar werd door de inschrijver niet aan de offerte toegevoegd. Dit kan bewezen worden door de hashcode van het volmachtdocument te berekenen (validatietool) en deze hashcode te vergelijken met de hashcode op de pdf. Gezien de timestamp op de ondertekende offerte bestond deze volmacht voor de deadline van indiening.
> - de dienst e-procurement kan echter geen uitspraak doen over de inhoud van de volmacht zelf aangezien wij geen toegang hebben tot dit document."

De volmacht als word-document was dus niet bij de offerte gevoegd. Ter terechtzitting merkt de verwerende partij op dat zij meende dat het document 'volmacht MDDPharma.pdf' dat wel met de offerte elektronisch werd ingediend, haar afdoende overtuigde dat S.C. een volmacht aan N.L. had gegeven om de offerte te ondertekenen. Tevens geeft zij in haar nota aan dat zij de volmacht op zich, zoals opgenomen in het document 'volmacht.docx', niet in het administratief dossier zoals bezorgd aan de Raad van State heeft opgenomen.

De Raad van State oordeelde in het arrest nv Tractebel Engineering, nr. 223.253 van 23 april 2013 dat "[s]pecifiek wat het bewijs van de volmacht betreft, [het] lijkt […] dat uit de artikelen 94 en 110, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, samen genomen, volgt dat het bestuur het recht heeft, zonder daartoe evenwel verplicht te zijn, 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 inschrijver de bevoegdheid heeft om de natuurlijke persoon of rechtspersoon namens welke hij optreedt, te verbinden".

Hieruit volgt dat het niet bij de offerte voegen van de reeds gegeven volmacht geen absolute nietigheid van de offerte meebrengt. Te dezen heeft de verwerende partij duidelijk tot uiting gebracht rekening te willen houden

met deze volmacht. De tussenkomende partij toont trouwens voorts aan dat zij intussen deze volmacht heeft bezorgd aan de verwerende partij.

In die omstandigheden, inzonderheid gelet op de door de partijen bijgebrachte stukken geproduceerd na de gunningsbeslissing, lijkt op het eerste gezicht te moeten worden aangenomen dat het middel niet ernstig is, zeker in de mate dat het uitgangspunt, namelijk dat er geen volmacht zou zijn gegeven op het ogenblik van het indienen van de offerte, in de feiten faalt.

Ten slotte gaat enige vergelijking met het onregelmatig verklaren van de offerte van de inschrijver de nv Lloydspharma Group niet op, omdat die onregelmatigverklaring is gesteund op de afwezigheid van een volmacht, wat een feitelijk verschillende situatie is. De schending van het gelijkheidsbeginsel kan dan ook niet dienstig worden ingeroepen.

Het middel is niet ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv M.D.D. Pharma tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 200 euro.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 31 maart 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bram Van Thillo	**Pierre Barra**