

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.310 van 5 april 2016
in de zaak A. 218.631/XII-8103**

In zake: de NV CONSTRUCTIEWERKHUIZEN JEF LEONARD
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ria Hens
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Amerikalei 191
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 4 maart 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

- “● De beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van Stad Antwerpen dd. 19 februari 2016 waarbij beslist werd de gunning voor ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van werken in regie, onderhouds- en aanverwante metaalwerken’, op basis van het bestek GAC/2015/3211 goed te keuren aan Faciliteam SPRL [...];
- De impliciete beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van Stad Antwerpen dd. 19 februari 2016 om de opdracht niet toe te kennen aan [de nv Constructiewerkhuisen Jef Leonard]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 maart 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hilda Vermeiren, die *loco* advocaat Ria Hens verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Caroline De Mulder, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 stad Antwerpen schrijft een opdracht uit voor het sluiten van een raamovereenkomst voor het uitvoeren van werken in regie, onderhouds- en aanverwante metaalwerken. De opdracht wordt gegund met een algemene offerteaanvraag.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 november 2015.

De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. GAC/2015/3211 “Raamovereenkomst voor het uitvoeren van werken in regie, onderhouds- en aanverwante metaalwerken”. De offertes moeten elektronisch worden ingediend.

3.2. De openingszitting vindt plaats op 5 januari 2016. Er worden twee offertes ingediend, namelijk door de nv Constructiewerkhuizen Jef Leonard, dit is de verzoekende partij, en door de sprl Faciliteam, de gekozen inschrijver.

3.3. Op 12 januari 2016 vraagt de verwerende partij per e-mailbericht aan de verzoekende partij om haar gecoördineerde statuten te bezorgen, hetgeen gebeurt bij e-mailbericht van 13 januari 2016.

Na een telefonisch onderhoud tussen de verwerende en de verzoekende partij maakt de verzoekende partij per e-mail van 25 januari 2016 ook nog een attest over aan de verwerende partij, opgesteld door notaris [M.W.] waarin deze op grond van de statutaire bepalingen wijst op de bevoegdheid van Viviane Leonard om als gedelegeerd bestuurder de offerte te ondertekenen.

3.4. Op onbekende datum wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld. Met betrekking tot het onderzoek naar de formele regelmatigheid van de offertes wordt ten aanzien van de offerte van de verzoekende partij opgemerkt:

“De offerte werd elektronisch ondertekend door mevrouw Viviane Léonard, optredend in de hoedanigheid van afgevaardigde/gedelegeerd bestuurder. Uit de publicatie in het Belgisch Staatsblad met referentie 13106723, blijkt dat Viviane Léonard door de algemene vergadering van 30 mei 2013 herbenoemd werd als bestuurder en gedelegeerd bestuurder.

Op 12 januari 2016 heeft de aanbestedende overheid de gecoördineerde statuten opgevraagd, en deze op 13 januari 2016 ontvangen.

Artikel 11 van de gecoördineerde statuten van 28 december 2011 bepaalt het volgende:

‘De raad van bestuur mag voor het dagelijks bestuur van de vennootschap één of meer gedelegeerd bestuurders aanstellen.

Tot daden van dagelijks bestuur worden gerekend alle handelingen die dag aan dag moeten worden verricht en het optreden van de raad van bestuur niet vereisen of niet wenselijk maken’. (...)

Artikel 12 van de gecoördineerde statuten van 28 december 2011 bepaalt het volgende:

‘Alle akten die de vennootschap verbinden in en buiten rechte alsmede alle machten en volmachten betreffende deze zaken, worden behoudens afvaardiging, geldig ondertekend hetzij door twee bestuurders, hetzij door

een gedelegeerd bestuurder benoemd zoals voorzien onder artikel elf hierboven, die hun machten niet zullen moeten rechtvaardigen tegenover derden, zelfs niet tegenover de hypotheekbewaarder of andere ministeriële ambtenaren.

De bijzondere gevolmachtigden benoemd zoals bepaald in artikel elf hiervoor, verbinden de vennootschap binnen de perken van de hun verleende volmacht, onverminderd de verantwoordelijkheid van de bestuurders in geval van overdreven volmacht.'

De gedelegeerd bestuurder beschikt, overeenkomstig artikelen 11 en 12 van de gecoördineerde statuten van 28 december 2011 én artikel 525 W. Venn. over de individuele vertegenwoordigingsbevoegdheid om de vennootschap binnen de perken van het dagelijks bestuur te verbinden.

Luidens artikel 95, tweede lid, *juncto* artikel 51, §2 en artikel 82 van het KB Plaatsing is de ondertekening van een offerte een substantiële formaliteit, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft. Met het gebrek aan ondertekening moet de situatie worden gelijkgesteld waarbij zij die ondertekenen niet degenen zijn die daartoe bevoegdheid hebben krachtens dwingende regelgeving of eigen statutaire bepalingen van de inschrijver.

De offerte is niet ondertekend door 2 bestuurders zoals bepaald in artikel 12 van de statuten. De offerte is ondertekend door een gedelegeerd bestuurder (enkel bevoegd voor dagelijks bestuur).

Volgens vaste rechtspraak van de Raad van State (o.a. RvS nr. 227.654, 6 juni 2014; RvS nr. 232.024, 6 augustus 2015) wordt aangenomen dat het ondertekenen van een offerte voor een overheidsopdracht geen daad van dagelijks bestuur is. Deze rechtspraak wordt bovendien uitdrukkelijk benadrukt in titel I.10 van het bestek.

De offerte is bijgevolg niet geldig ondertekend, zodat deze formeel substantieel onregelmatig is.

Het 'attest' van 24 januari 2016, opgemaakt door notaris [M.W.], dat spontaan aan de aanbestedende overheid werd bezorgd, stellende dat mevrouw Viviane Léonard 'in haar hoedanigheid van gedelegeerd bestuurder rechtsgeldig kan optreden voor alle verbintenissen van de vennootschap' kan niet worden bijgetreden. Ten eerste werd deze informatie na indiening van de offerte en zonder enige vraag van de aanbestedende overheid 'spontaan' bezorgd. Het is – mede gelet op de gelijkheid van de inschrijvers – allerm minst evident om deze informatie in overweging te nemen bij de beoordeling van de offerte. Ten tweede, kan de stelling als hiervoor weergegeven, niet worden aanvaard. De bevoegdheid van de gedelegeerd bestuurder is wettelijk bepaald in artikel 525 W.Venn. en nader verduidelijkt door het Hof van Cassatie in een arrest van 26 februari 2009 als 'dad en welke geboden zijn door de noden van het

dagelijkse leven van de vennootschap en die welke zowel wegens het geringe belang als wegens de noodzaak van een snelle oplossing, het optreden van de raad van bestuur zelf overbodig maken'. De gedelegeerd bestuurder kan dus niet optreden voor alle verbintenissen van de vennootschap, maar enkel voor deze die catalogeren onder het wettelijk begrip dagelijks bestuur. Het ondertekenen van een offerte catalogeert niet onder dit begrip. De gedelegeerd bestuurder kon de inschrijver aldus niet rechtsgeldig verbinden."

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de sprl Faciliteam.

3.5. Bij beslissing van 19 februari 2016 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen wordt het gunningsverslag goedgekeurd en de opdracht gegund aan de sprl Faciliteam.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

IV. Schorsingsvoorwaarden

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

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 51, § 2, artikel 82 en artikel 95, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, van artikel 522 van het wetboek van vennootschappen, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de materiële motiveringsplicht.

Zij betoogt dat de verwerende partij ten onrechte oordeelde dat haar offerte niet geldig zou zijn ondertekend door de gedelegeerd bestuurder en dat haar offerte ten onrechte formeel substantieel onregelmatig werd verklaard.

De offerte werd, aldus de verzoekende partij, ondertekend door Viviane Leonard in haar hoedanigheid van gedelegeerd bestuurder.

In artikel 12 van de gecoördineerde statuten van de verzoekende partij wordt uitdrukkelijk bepaald dat alle akten die de vennootschap verbinden in en buiten rechte alsmede alle machten en volmachten betreffende deze zaken, behoudens afvaardiging, geldig worden ondertekend hetzij door twee bestuurders, hetzij door een gedelegeerd bestuurder. Artikel 522, § 2, van het wetboek van

‡AFEQMFFAD-BCEFCHV‡

vennootschappen laat toe dat de statuten aan een of meer bestuurders de bevoegdheid kunnen verlenen om alleen of gezamenlijk de vennootschap te vertegenwoordigen en dat zodanige bepaling aan derden kan worden tegengeworpen. Volgens de verzoekende partij kunnen dergelijke clausules krachtens dit artikel 522, § 2, enkel een algemene draagwijdte hebben. Krachtens artikel 12 van haar statuten *juncto* artikel 522, § 2, kan de verzoekende partij derhalve tevens worden vertegenwoordigd en dus geldig verbonden door één gedelegeerd bestuurder en dit voor alle akten. Door te stellen dat een gedelegeerd bestuurder enkel bevoegd is voor dagelijks bestuur kan de verwerende partij niet tot het besluit komen dat de offerte bijgevolg niet geldig is ondertekend. Ook al heeft de gedelegeerd bestuurder op bestuursniveau enkel de bevoegdheid van het dagelijks bestuur, dan kan op het niveau van de vertegenwoordiging er een ruimere bevoegdheid bestaan op grond van een éénhandtekeningsclausule, zoals hier het geval.

De vergelijking die de verwerende partij in de bestreden beslissing maakt, zo vervolgt de verzoekende partij, met twee arresten van de Raad van State gaat niet op omdat de feitelijkeheden in die zaken anders zijn. In die zaken ging het om feiten waarbij in de statuten van de betreffende vennootschappen geen algehele vertegenwoordigingsbevoegdheid werd verleend aan de gedelegeerd bestuurder, maar enkel een algehele vertegenwoordigingsbevoegdheid aan twee bestuurders. In die zaken beschikte de gedelegeerd bestuurder bijgevolg enkel over een vertegenwoordigingsbevoegdheid binnen de grenzen van het dagelijks bestuur, terwijl de gedelegeerd bestuurder in huidige voorliggende zaak beschikt over een algehele vertegenwoordigingsbevoegdheid op grond van artikel 12 van de statuten.

In die zin is de motivering in de bestreden beslissing volgens de verzoekende partij ook tegenstrijdig. Indien de huidige vertegenwoordigingsbevoegdheid van de gedelegeerd bestuurder niet kan worden aanvaard, dan zou ook de vertegenwoordigingsbevoegdheid van twee bestuurders op grond van artikel 12 van de statuten niet kunnen leiden tot een rechtsgeldige ondertekening, maar enkel een ondertekening door de collegiale raad van bestuur. Door in de motivering uitdrukkelijk te aanvaarden dat twee bestuurders op grond van artikel 12 van de statuten rechtsgeldig kunnen tekenen, valt niet te begrijpen

‡AFEQMFFAD-BCEFCHV‡

dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de gedelegeerd bestuurder op grond van datzelfde artikel 12 wordt miskend.

Beoordeling

6.1. De ondertekening van een offerte is een substantiële formaliteit, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft.

Hier werd de offerte van de verzoekende partij elektronisch ondertekend door Viviane Leonard in haar hoedanigheid van gedelegeerd bestuurder van de nv Constructiewerkhuizen Jef Leonard.

De verwerende partij weert de offerte van de verzoekende partij als formeel onregelmatig om reden dat de offerte ondertekend is door een gedelegeerd bestuurder die volgens haar slechts bevoegd is voor dagelijks bestuur en het ondertekenen van een offerte voor een overheidsopdracht geen daad van dagelijks bestuur is.

6.2. De artikelen 11 en 12 van de statuten van de verzoekende partij luiden:

“Artikel 11 : Overdracht van bevoegdheden

De raad van bestuur mag voor het dagelijks bestuur van de vennootschap één of meer gedelegeerd bestuurders aanstellen.

Tot daden van dagelijks bestuur worden gerekend alle handelingen die dag aan dag moeten worden verricht en het optreden van de raad van bestuur niet vereisen of niet wenselijk maken’.

De raad van bestuur benoemt tevens directeurs, secretarissen, gevolmachtigden en andere lasthebbers en stelt hun vergoedingen vast. Alleen bijzondere en beperkte volmachten voor bepaalde of een reeks bepaalde rechtshandelingen zijn geoorloofd.

[...]

De raad van bestuur kan zijn bestuursbevoegdheden ten slotte overdragen aan een directiecomité, overeenkomstig artikel 524*bis* van het Wetboek van vennootschappen, zonder dat deze overdracht evenwel betrekking kan hebben op het algemeen beleid van de vennootschap. [...]”

en

“Artikel 12 : Vertegenwoordiging

Alle akten die de vennootschap verbinden in en buiten rechte alsmede alle machten en volmachten betreffende deze zaken, worden behoudens afvaardiging, geldig ondertekend hetzij door twee bestuurders, hetzij door een gedelegeerd bestuurder benoemd zoals voorzien onder artikel elf hierboven, die hun machten niet zullen moeten rechtvaardigen tegenover derden, zelfs niet tegenover de hypotheekbewaarder of andere ministeriële ambtenaren.

De bijzondere gevolmachtigden benoemd zoals bepaald in artikel elf hiervoor, verbinden de vennootschap binnen de perken van de hun verleende volmacht, onverminderd de verantwoordelijkheid van de bestuurders in geval van overdreven volmacht.”

Bij beslissing van de algemene vergadering van de verzoekende partij van 30 mei 2013 wordt Viviane Leonard benoemd tot bestuurder en gedelegeerd bestuurder.

6.3. De opvatting van de verzoekende partij dat Viviane Leonard als gedelegeerd bestuurder hier bevoegd was voor het ondertekenen van een offerte inzake overheidsopdrachten, wordt bijgevalen om de volgende redenen.

Op grond van artikel 522, § 1, van het wetboek van vennootschappen beschikt de raad van bestuur van een naamloze vennootschap als collegiaal orgaan over de interne bestuursbevoegdheid “om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap, behoudens die waarvoor volgens de wet alleen de algemene vergadering bevoegd is”. Krachtens artikel 522, § 2, vertegenwoordigt de raad van bestuur extern “de vennootschap jegens derden en in rechte als eiser of als verweerder” maar kunnen de statuten “aan een of meer bestuurders bevoegdheid verlenen om alleen of gezamenlijk de vennootschap te vertegenwoordigen”; dit betreft de zogenaamde een- of meerhandtekeningsclausules die, zo lijkt, de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid betreft waarbij beperkingen niet aan derden kunnen worden tegengeworpen. Artikel 525 van hetzelfde wetboek bepaalt dan weer dat “[h]et dagelijks bestuur van de vennootschap, alsook de vertegenwoordiging van de vennootschap wat dat bestuur aangaat, mogen worden

opgedragen aan een of meer personen, al dan niet aandeelhouders, die alleen of gezamenlijk optreden”.

Artikel 11 van de statuten van de verzoekende partij lijkt de interne bestuursbevoegdheid te betreffen; Viviane Leonard is krachtens haar benoeming tot gedelegeerd bestuurder bevoegd voor het dagelijks bestuur. Artikel 12 van de statuten voorziet daarentegen met toepassing van artikel 522, § 2, van het voormelde wetboek onder meer in een eenhandtekeningsclausule ten voordele van een gedelegeerd bestuurder. Hieruit lijkt te moeten volgen dat Viviane Leonard als gedelegeerd bestuurder naast het dagelijks bestuur als bevoegdheid ook de externe en algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft die voldoende is om een offerte te ondertekenen. De bestreden gunningsbeslissing waarbij de offerte van de verzoekende partij formeel onregelmatig is verklaard, lijkt dan ook artikel 12 van de statuten van de verzoekende partij en artikel 522, § 2, van het wetboek van vennootschappen te miskennen.

6.4. De verwerende partij kan niet worden bijgevalen in haar opvatting dat de bevoegdheid die in artikel 12 van de statuten wordt gegeven aan de gedelegeerd bestuurder beperkt wordt door de erbij vermelde zinsnede “een gedelegeerd bestuurder benoemd zoals voorzien onder artikel elf hierboven”.

In wezen lijkt dat immers de negatie van de eenhandtekeningclausule die een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid veronderstelt en waar de in hetzelfde artikel vermelde zinsnede “die hun machten niet zullen moeten rechtvaardigen tegenover derden, zelfs niet tegenover de hypotheekbewaarder of andere ministeriële ambtenaren” lijkt naar te verwijzen. Artikel 12 lijkt in zijn eerste lid dan ook op gelijke voet de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid te betreffen zowel ten aanzien van twee bestuurders als ten aanzien van een gedelegeerd bestuurder. De zinsnede “een gedelegeerd bestuurder benoemd zoals voorzien onder artikel elf hierboven” lijkt dan ook enkel te verwijzen naar de wijze van benoeming en hoedanigheid van een gedelegeerd bestuurder waaraan de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt toegekend.

Het argument van de verwerende partij dat aangezien het dagelijks bestuur ook kan worden opgedragen aan een niet-bestuurder en aan deze luidens artikel 522, § 2, van het wetboek van vennootschappen geen algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid mag worden toegekend, lijkt evenmin valabel. Hier is Viviane Leonard lid van de raad van bestuur en de verwerende partij toont dan ook niet aan dat in de feiten aan de betrokken gedelegeerd bestuurder algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid is toegekend in strijd met het voormelde artikel 522, § 2. Overigens lijkt artikel 11 van de statuten te impliceren dat het dagelijks bestuur slechts kan worden opgedragen aan een bestuurder en lijkt de verwerende partij niet aan te tonen dat een gedelegeerd bestuurder niet noodzakelijkerwijze tot de raad van bestuur moet behoren.

6.5. De draagwijdte van het ernstig bevinden van het middel verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de eerste bestreden beslissing, dit is de gunningsbeslissing. Deze draagwijdte verantwoordt niet schorsing van de tenuitvoerlegging van de tweede bestreden beslissing, dit is de impliciete beslissing de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen; hierbij valt overigens op te merken dat de offerte van de verzoekende partij minstens inhoudelijk, zo lijkt, niet werd beoordeeld.

6.6. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing moet worden bevolen. Het is passend de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 19 februari 2016 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen waarbij de opdracht ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van werken in regie, onderhouds- en aanverwante metaalwerken’ wordt gegund aan de sprl Faciliteam.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 april 2016,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra