RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 235.288 van 30 juni 2016
in de zaak A. 219.426/XII-8160

In zake: de NV DRANKEN PEDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Greg Jacobs
kantoor houdend te 1210 Brussel
Kunstlaan 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK WELZIJN VAN AALST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 juni 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van 17 mei 2016 van het OCMW van Aalst, waarbij wordt beslist de overheidsopdracht ‘Aankoop van dranken op afroep voor een periode van 3 jaar; Bestek 2915/020’ wat betreft het eerste perceel (aankoop van mineraalwater en bronwater) te gunnen aan de nv Inbev Belgium.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 juni 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Greg Jacobs, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Peter Flamey en Evi Mees, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp “Aankoop van dranken op afroep voor een periode van 3 jaar”.

Deze opdracht is opgesplitst in twee percelen, namelijk perceel 1 met betrekking tot de aankoop van mineraalwater en bronwater en perceel 2 met betrekking tot de aankoop van frisdranken, bieren en wijnen.

In huidige zaak wordt enkel de gunning van perceel 1 betwist.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 januari 2016 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 9 januari 2016.

3.3. Het bijzonder bestek met referentie 2015/020 is van toepassing.

Onder de hoofding “III. Technische bepalingen” bepaalt het bestek het volgende:

> “Algemene bepalingen
>
> Waar mogelijk biedt de inschrijver ecologisch verantwoorde producten aan.
>
> Kwaliteitseisen – De kwaliteit en de samenstelling van de aangeboden producten moeten voldoen aan alle wettelijke voorschriften en aan de bepalingen, [sic]
>
> Naast de producten opgesomd in de inventaris, kunnen alle andere artikelen uit de catalogus van de firma voorwerp uitmaken van deze overeenkomst. De catalogus moet overgemaakt worden samen met de offerte.
>
> Het is niet toegelaten om […] andere producten te leveren dan diegene die bij het indienen van de offerte werden aangeboden. Indien een aangeboden product uit het gamma van de leverancier verdwijnt, moet de aanbestedende overheid hiervan in kennis gesteld worden. In dat geval dient de leverancier een gelijkwaardig product aan te bieden tegen een vergelijkbare prijs als het oorspronkelijk product. Het staat het bestuur vrij om dit product al dan niet goed te keuren.
>
> A. Kwaliteitseisen
>
> • MINERAALWATER
>
> Het mineraalwater moet voldoen aan alle bepalingen van het Koninklijk Besluit van 8 februari 1999 betreffende natuurlijk mineraalwater en bronwater en eventuele latere wijzingen, geldig op de datum van de bekendmaking van de opdracht.
>
> Er mag geen nitriet aanwezig zijn in het mineraal- en bronwater. Het totaal gehalte aan minerale zouten mag niet meer bedragen dan 500 mg/l, berekend als vast residu.
>
> Alle producten moeten microbiologisch zuiver zijn en onder perfect hygiënische omstandigheden vervaardigd en verpakt worden. Het mineraal- en bronwater mogen geen coliforme bacteriën bevatten. De etikettering moet een duidelijke benaming van het product bevatten, alsook de volledige samenstelling, de hoeveelheid en de uiterste houdbaarheidsdatum. De samenstelling moet goedgekeurd zijn door de Hoge Gezondheidsraad van het Ministerie van Volksgezondheid”.

3.4. De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de open offerteaanvraag.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 23 februari 2016.

Vijf inschrijvers dienen een offerte in:

- de nv Inbev Belgium: 63.956,16 euro, btw inbegrepen
- de nv Horeca Logistic Services: 128.007,72 euro, btw inbegrepen
- de nv Dranken Pede: 64.872,00 euro, btw inbegrepen
- de nv Vandenameele: 72.694,80 euro, btw inbegrepen
- de nv Brouwerijen Alken-Maes: 125.928,00 euro, btw inbegrepen.

3.6. De verzoekende partij had het merk Ginstbronnen voorgesteld als mineraalwater.

De nv Inbev Belgium, de gekozen inschrijver voor perceel 1, had het merk Léberg aangeboden als mineraalwater.

In het begeleidend schrijven bij de offerte gaf de nv Inbev Belgium de volgende verklaring:

> "Voor elk van de gevraagde producten in de inventarislijst kunnen wij het gevraagde merk aanbieden. Specifiek voor het water kozen wij voor het merk Léberg, een zeer kwalitatief en zuiver natuurlijk mineraalwater uit de Vlaamse Ardennen, geschikt voor dagelijkse consumptie en bovendien ook geschikt voor een zoutarm dieet. U vindt bijgevoegd het BRC-kwaliteits-attest voor het water van de Léberg bronnen, alsook een recente lab-analyse van het water."

De bedoelde lab-analyse daterend van 10 april 2015 vermeldt een gehalte aan minerale zouten van 436 mg/l. Een later door de verwerende partij opgevraagde analyse van 26 oktober 2015 vermeldt een gehalte aan minerale zouten van 361 mg/l.

3.7. Het verslag van nazicht van de offertes wordt opgesteld op 29 maart 2016.

Alle inschrijvers worden geselecteerd.

Alle offertes worden formeel en materieel regelmatig bevonden:

Nr.	Naam	Status	Opmerkingen
Perceel 1 (Aankoop van mineraalwater en bronwater)			
1	Inbev Belgium nv	OK	Het totaal gehalte aan minerale zouten mag niet meer bedragen dan 500 mg /l, berekend als vast residu. Etiket: 530 mg/l maar aan de hand van analyses werd aangetoond dat dit minder bedraagt met name: Analyserapport 10/04/2015: restwaarde 436 mg/l Analyserapport 26/10/2015: restwaarde 361 mg/l Nitriet < 0,033 In orde en nitriet < 0,1
[...]			
3	Dranken Pede nv	OK	Het totaal gehalte aan minerale zouten mag niet meer bedragen dan 500 mg/l, berekend als vast residu Gehalte = 342 mg/l Nitriet = < 0,033 mg/l In orde en nitriet < 0,1

3.8. Op 17 mei 2016 beslist de verwerende partij goedkeuring te verlenen aan het verslag van nazicht van de offertes van 29 maart 2016, het verslag van nazicht van de offertes integraal deel te laten uitmaken van deze beslissing en perceel 1 te gunnen aan de nv Inbev Belgium.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij aangetekende brief van 20 mei 2016 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van het feit dat de verwerende partij de opdracht heeft gegund aan een andere inschrijver. De beslissing van 17 mei 2016 is gevoegd als bijlage.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op wegens gebrek aan belang van de verzoekende partij. Zij voert aan dat de offerte onregelmatig ondertekend is.

5. Overeenkomstig de oprichtingsakte van de verzoekende partij, zoals gepubliceerd in de bijlage tot het Belgisch Staatsblad van 14 juli 1998 heeft "de gedelegeerd bestuurder [...] de bevoegdheid de vennootschap alleenhandelend te vertegenwoordigen".

De offerte van de verzoekende partij is ondertekend door Mark Pede, in zijn hoedanigheid van bestuurder.

Uit de benoemingsbesluiten zoals gepubliceerd in de bijlage bij het Belgisch Staatsblad van 22 november 2011 en 29 april 2016 blijkt dat de raad van bestuur van de verzoekende partij ten tijde van de indiening van de offerte en op heden is samengesteld uit de volgende personen of rechtspersonen:

- De bvba Pede, met als vaste vertegenwoordiger de heer Mark Pede
- De heer Luc Pede
- De heer Mark Pede.

Als gedelegeerd bestuurder van de vennootschap treedt op de bvba Pede, met als vaste vertegenwoordiger de heer Mark Pede.

6. De ondertekening van een offerte is 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 degene zijn die daartoe bevoegd zijn krachtens dwingende regelgeving of eigen statutaire bepalingen van de inschrijver.

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 de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid betreft waarbij beperkingen niet aan derden kunnen worden tegengeworpen.

De oprichtingsakte voorziet te dezen met toepassing van artikel 522, § 2, van het voormelde wetboek in een eenhandtekeningsclausule ten voordele van de gedelegeerd bestuurder.

7. Uit de hiervoor aangehaalde benoemingsbesluiten blijkt echter dat alleen de bvba Pede de bevoegdheid had om de verzoekende partij alleenhandelend te vertegenwoordigen.

De offerte van de verzoekende partij blijkt evenwel niet te zijn ondertekend door de bvba Pede, maar wel door een natuurlijk persoon, de heer Mark Pede, in diens hoedanigheid van bestuurder.

Nergens wordt melding gemaakt van de hoedanigheid van de heer Mark Pede als vaste vertegenwoordiger van de bvba Pede, noch van de bvba Pede zelf.

In dat verband dient te worden gewezen op artikel 62 van het wetboek van vennootschappen dat bepaalt dat “in alle akten die een vennootschap verbinden, [...] onmiddellijk voor of na de handtekening van de persoon die de vennootschap vertegenwoordigt, [moet] vermeld worden in welke hoedanigheid hij optreedt”. De hoedanigheid van vaste vertegenwoordiger van de bvba Pede mag met andere woorden niet worden verondersteld.

Uit het dossier blijkt voorts niet dat er te dezen door de raad van bestuur van de verzoekende partij enige uitzonderlijke volmacht aan de heer Mark Pede zou zijn verleend om handelingen te stellen betreffende het aangaan van de in het geding zijnde verbintenis namens de vennootschap.

Besluit is dan ook dat de offerte van de verzoekende partij niet werd ondertekend door de persoon of personen bevoegd of gemachtigd om de inschrijver te verbinden overeenkomstig artikel 51, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’.

Een door of namens de inschrijver niet geldig ondertekende offerte is in rechte zonder waarde, minstens is deze aangetast met een substantieel en niet herstelbaar vormgebrek en derhalve nietig.

Dergelijke absoluut nietige offerte moet door de aanbestedende overheid worden geweerd, zodat de verzoekende partij reeds op het eerste gezicht geen belang heeft bij de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, nu zij hoe dan ook niet in aanmerking kan komen voor gunning. Nog op het eerste gezicht blijft de verzoekende partij voorts in gebreke aannemelijk te maken dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund.

De omstandigheid dat van de substantiële onregelmatigheid van de offerte wegens onregelmatige ondertekening ervan geen melding is gemaakt in het verslag van nazicht van de offertes, lijkt aan het voorgaande geen afbreuk te doen.

8. De vordering is niet ontvankelijk. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

V. Kosten

9. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling

bestuursrechtspraak van de Raad van State' aan de verwerende partij de door haar gevorderde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 juni 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Johan Bovin**