RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 236.291 van 27 oktober 2016
in de zaak A. 220.441/XII-8243

In zake: de NV ACLAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marco Schoups en Kris Lemmens
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8 bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD AALST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Dorien Geeroms
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de BVBA AUDENAERT
2. de NV AUDEBO
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koenraad Maenhout
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Filip Williotstraat 30 bus 0102
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 oktober 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van 12 september 2016 van [de stad Aalst] waarbij de opdracht van werken 'Cluster Mobiliteit en openbaar domein. Project GIP-nr. 0209077A.

Aanleg optimaal gescheiden stelsel in de omliggende straten Tinnenhoek-Terhagen' wordt gegund aan THV Audenaert-Audebo en niet aan NV Aclagro".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 14 oktober 2016 hebben de bvba Audenaert en de nv Audebo, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 oktober 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kris Lemmens en advocaat Jan De Leyn, die *loco* advocaat Marco Schoups, verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Carmine Moonen, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire 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 opdracht voor de aanneming van werken uit, genoemd "Cluster Mobiliteit en openbaar domein. Project GIP-nr.

0209077A Aanleg optimaal gescheiden stelsel in de omliggende straten Tinnenhoek-Terhagen".

De opdracht, met een geraamde waarde van 5.201.836,47 euro, btw niet inbegrepen, wordt op 27 mei 2016 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 1 juni 2016 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De gekozen gunningswijze is de open aanbesteding en het bijzonder bestek 15/I-239 is op de opdracht van toepassing.

Artikel, 82, § 3, van dit bestek (blz. 16) bepaalt:

> "Bij het offerteformulier dienen de bewijzen te worden gevoegd waaruit blijkt dat de personen, die de offerte ondertekenden, statutair of bij volmacht bevoegd zijn om de bedrijven geldig in en buiten rechte te vertegenwoordigen. Dit gebeurt naargelang de rechtsvorm van de bedrijven door het bijvoegen van de volgende documenten:
>
> - uittreksel of kopie van de statutaire clausule ivm de vertegenwoordigingsbevoegdheid en een kopie van de akte of afschrift van de notulen van de algemene vergadering, zoals verschenen in het B.S., houdende benoeming van de bestuurders
> - volmacht om het bedrijf te vertegenwoordigen of om de bevoegdheid door te geven aan een ander persoon
> - voorleggen van benoemingsbesluit van zaakvoerder
> - andere documenten ter staving van de bevoegdheid."

Artikel 90, § 1, "Indiening offertes", bepaalt onder meer dat de offertes "elektronisch [worden] ingediend via de e-tendering website", dat "[d]e volledige offerte, m.n. het offerteformulier, de inventaris en alle andere al dan niet verplichte bijlagen die de inschrijver zelf heeft opgesteld, […] door de inschrijver of zijn gemachtigde elektronisch [worden] ondertekend", dat "[e]lk elektronisch aangeboden offertedocument […] correct elektronisch [moet] zijn ondertekend" en dat "wie ondertekent, moet bewijzen dat hij gemachtigd is (uittreksel en/of ondertekende verklaring van de gevolmachtigde moet mee in zijn dossier zitten)".

De inschrijver is luidens dit artikel zelf verantwoordelijk voor het correct en volledig opladen van een unieke en enige offerte. “De offertes/inschrijvers die niet aan voorgaande bepalingen voldoen worden niet weerhouden [sic] voor evaluatie en worden als onregelmatig aangeduid.”

3.2. De offertes worden geopend op 9 augustus 2016 om 10 u. Onder meer de verzoekende partij en de THV Audenaert-Audebo dienen een offerte in.

3.3. In een verslag van nazicht van 29 augustus 2016 worden alle inschrijvers geselecteerd en worden alle offertes, als volgt, regelmatig bevonden:

> “4. Administratief en technisch nazicht van de offertes van de geselecteerde kandidaten
>
> *Vereiste documenten en attesten*
> […]
>
> *Formeel nazicht*

Nr.	Naam	Status	Opmerkingen	VGP werkw.[1]	VGP prijsb.[1]
1	Aclagro nv	OK	In orde	OK	OK
2	Aswebo nv	OK	In orde	OK	OK
3	TV Audenaert-Audebo	OK	In orde	OK	OK
4	TV Norré-Behaegel / RTS infra	OK	In orde	OK	OK

> *1 Werkwijze en prijsbepaling (gekoppeld aan het veiligheids en gezondheidsplan)*
>
> *Materieel nazicht van de offertes*

Nr.	Naam	Status	Opmerkingen
1	Aclagro nv	OK	In orde
2	Aswebo nv	OK	In orde
3	TV Audenaert-Audebo	OK	In orde
4	TV Norré-Behaegel / RTS infra	OK	In orde

> Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen:
> […]
> Er werden geen abnormale totale offerteprijzen vastgesteld
>
> *Besluit van het formeel en materieel nazicht van de offertes*
>
> De volgende offertes worden door het bestuur als regelmatig beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn:

Nr.	Naam	Motivering
1	Aclagro nv	In orde
2	Aswebo nv	In orde
3	TV Audenaert-Audebo	In orde
4	TV Norré-Behaegel / RTS infra	In orde

”.

De volgende rangschikking wordt opgesteld:

“Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens prijs incl. btw)

Nr.	Naam	Prijs incl. btw*
3	TV Audenaert – Audebo	5 671 089,09 EUR
1	Aclagro nv	5 892 704,94 EUR
4	Asewbo nv	5 995.047,74 EUR
2	Antwerps Architecten Atelier bvba	6 178 287,13 EUR

”.

Vervolgens wordt voorgesteld te gunnen aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte “TV Audenaert-Audebo”.

3.4. Op 12 september 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst het verslag van nazicht goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver “TV Audenaert-Audebo” .

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Bij aangetekende brief en e-mailbericht van 22 september 2016 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat het college op 12 september 2016 de opdracht heeft gegund aan een andere inschrijver. De gemotiveerde gunningsbeslissing wordt bijgevoegd en er wordt gewezen op de wachttermijn van 15 kalenderdagen.

3.6. Bij aangetekende brief en e-mailbericht van 23 september 2016 vraagt de verzoekende partij kopie en inzage van het deel van de offerte van de gekozen inschrijver dat betrekking heeft op de ondertekening van de offerte door

de THV Audenaert-Audebo en meer bepaald het "document waarin vertegenwoordiger van de leden van de THV Audenaert-Audebo wordt aangeduid" en de "volmacht waarbij de heer Samuel Auquier kan tekenen voor de vertegenwoordiger/leden van de THV Audenaert-Audebo".

De verwerende partij bezorgt per e-mailbericht van 28 september 2016 "een volmacht voor de heer Samuel Auquier voor de firma Audebo", de eerste bladzijde van het inschrijvingsformulier en het proces-verbaal van opening, en deelt ook mee dat de betrokken offerte elektronisch is getekend met een rechtsgeldig quo vadis-certificaat en dat "de ondertekeningen en de volmachten voor de TV Audenaert-Audebo […] rechtsgeldig [zijn] en in overeenstemming met artikel 82 van het KB Plaatsing van 15-07-2011".

De verzoekende partij antwoordt in een blijkbaar aangetekend en per e-mailbericht verzonden brief van 3 oktober 2016 dat nog steeds niet is aangetoond dat de gekozen offerte rechtsgeldig werd ondertekend aangezien voor de nv Audebo uitsluitend een uittreksel voorligt van een beslissing van de algemene vergadering "terwijl […] dit orgaan geheel niet bevoegd is om volmachten te verlenen". Zij vraagt ofwel de beslissing in te trekken dan wel kopie te bezorgen van de documenten gevoegd aan de offerte van de gekozen inschrijver waarin de geldige handtekeningsbevoegdheid van Samuel Auquier voor de nv Audebo wordt aangetoond. In e-mailberichten van 5 en 6 oktober 2016 zet zij nader uiteen waarom de algemene vergadering niet bevoegd zou zijn en de volmacht dus nietig.

IV. Tussenkomst

4. De bvba Audenaert en de nv Audebo, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5.1. De verzoekende partij heeft een pleitnota ingediend die op 18 oktober 2016 werd meegedeeld aan de andere partijen en de auditeur.

5.2. Dit stuk waarin de procedureregeling niet voorziet en niet gevraagd is door de Raad van State, wordt in de beoordeling slechts betrokken in zoverre het niets meer is dan de neerslag van de mondelinge uiteenzetting ter terechtzitting.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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 beslissing 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.

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 beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij formuleert het volgende enig middel:

> "Het eerste en enig middel wordt genomen uit de schending van het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, dat voortvloeit uit artikel 10 en 11 van de Grondwet, de schending van de artikelen 4 en 5 Rechtsbeschermingswet, de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen […], de schending van de artikelen 24, 51, § 2, 82 en 95, § 1 en § 4 van het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (KB plaatsing), art. 522 Wetboek Vennootschappen (W. Venn.) alsook de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.
>
> Doordat
> - o.b.v. het gunningsverslag, dat een bijlage vormt bij de bestreden beslissing, niet wordt aangetoond dat de aanbestedende overheid een formeel nazicht van de ondertekening(sbevoegdheid) van de offerte namens THV Audenaert-Audebo heeft uitgevoerd.
> - de door de aanbestedende overheid ter beschikking gestelde documenten op het eerste gezicht niet aantonen dat de heer Samuel Auquier over de vereiste ondertekeningsbevoegdheid beschikt, nu hij een bijzondere volmacht heeft ontvangen van een orgaan dat daartoe niet over de nodige bevoegdheid beschikt.
>
> Terwijl
>
> - uit de artikelen 4 en 5 van de Rechtsbeschermingswet en uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de formele en materiele motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, volgt dat een gunningsbeslissing de draagkrachtige juridische en feitelijke overwegingen dient te bevatten op grond waarvan deze beslissing werd genomen.
> - eveneens uit het zorgvuldigheidsbeginsel alsook uit art. 95, § 1 KB Plaatsing volgt dat de aanbestedende overheid de ondertekenings-bevoegdheid dient na te gaan, zeker in het geval waarbij - zoals *in casu* - op het eerste gezicht een volmacht tot ondertekening werd verleend door een orgaan dat daartoe niet bevoegd is.

- uit het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, dat voortvloeit uit artikel 10 en 11 van de Grondwet, de verplicht[ing] volgt voor de aanbestedende overheid tot objectiviteit en transparantie bij het nemen van een gunningsbeslissing, opdat de naleving van de overheidsopdrachtenreglementering ten allen tijde door de inschrijvers kan worden gecontroleerd.
Dit beginsel is o.a. geschonden nu tot op heden niet wordt aangetoond dat de aanbestedende overheid de rechtsgeldigheid van de ondertekeningen effectief en adequaat heeft onderzocht, waardoor het niet valt uit te sluiten dat inschrijvers met een ongeldige ondertekening van hun offerte ten onrechte evenveel kans maken op het behalen van de opdracht als inschrijvers met een geldige ondertekening.
- uit art. 522 W. Venn. volgt dat de bevoegdheden van het bestuur exclusief zijn en de statuten van nv Audebo hiervan niet afwijken, waardoor de algemene vergadering geen bevoegdheid heeft om een bijzondere lasthebber aan te duiden voor de ondertekening van een offerte in het kader van een overheidsopdracht;
- uit de artikelen 24, 51, §2, 82 en 95, § 4 KB Plaatsing volgt dat een offerte die niet rechtsgeldig is ondertekend, moet worden geweerd als substantieel onregelmatig. Zulks is het geval, indien een offerte is ondertekend door een persoon die een bijzondere volmacht verkreeg van een orgaan dat niet over de bevoegdheid beschikte om dergelijke volmacht te verlenen;

Zodat de bestreden beslissing een schending uitmaakt van het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, dat voortvloeit uit artikel 10 en 11 van de Grondwet, de schending van de artikelen 4 en 5 Rechts-beschermingswet, de schending van de artikelen 2 en 3 Motiveringswet, de schending van de artikelen 24, 51, § 2, 82 en 95, § 1 en § 4 KB Plaatsing, art.. 522 W. Venn. alsook de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de materiëlemotiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.”

Beoordeling

8. De essentiële grief in het tweede middelonderdeel is dat de offerte van de gekozen inschrijver niet geldig werd ondertekend namens de nv Audebo aangezien de bijgevoegde volmacht aan Samuel Auquier en uitgaande van de algemene vergadering niet geldig is.

9. Artikel 51, § 2, tweede lid, van koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) bepaalt dat “de offerte wordt ondertekend door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden”.

Ook artikel 82, § 1, eerste lid, bepaalt dat de inschrijver de offerte, de eventuele samenvattende opmeting of inventaris en de andere bijlagen bij de offerte ondertekent.

Als de offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid, zoals te dezen de gekozen offerte ingediend door de THV Audenaert-Audebo, bepaalt artikel 82, § 2, dat § 1 wordt nageleefd door elke deelnemer aan de combinatie.

Artikel 82, § 3, betreft de ondertekening door een gemachtigde en luidt:

> "Als de ondertekening gebeurt door een gemachtigde, vermeldt hij duidelijk zijn volmachtgever of volmachtgevers. De gemachtigde voegt bij de offerte de authentieke of onderhandse akte waaruit zijn bevoegdheid blijkt of een afschrift van zijn volmacht. Eventueel verwijst hij naar het nummer van de bijlage van het Belgisch Staatsblad waarin de akte bij uittreksel is bekendgemaakt.
> Een volmachtgever kan met het oog op latere opdrachten de volmacht deponeren die hij aan een of meer gemachtigden heeft gegeven. Deze volmacht geldt alleen voor de opdrachten van de aanbestedende overheid waarbij zij is gedeponeerd. De gemachtigde verwijst in iedere offerte naar die deponering."

De offerte die namens een rechtspersoon elektronisch wordt ondertekend door een certificaat op naam van de rechtspersoon, die daarbij enkel een verbintenis aangaat voor eigen naam en rekening, vereist luidens artikel 82, § 4, geen bijkomende volmacht.

Artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing ten slotte luidt:

> "Artikel 95. § 1. De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.
> § 2. Op formeel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en van de opdrachtdocumenten, in de mate dat de vormvoorschriften van die artikelen of die documenten essentieel zijn.

> Als een offerte daarentegen afwijkt van de overige vormvoorschriften van de in het eerste lid vermelde artikelen of van de opdrachtdocumenten, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.
> § 3.[…].
> § 4. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig.
> In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende overheid een offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn."

Uit wat voorafgaat volgt dat de ondertekening van een offerte een substantiële formaliteit is, 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. Een offerte ingediend door een tijdelijke handelsvennootschap, zoals te dezen de offerte van de gekozen inschrijver, dient aldus te worden ondertekend door al de leden van die vennootschap behoudens volmacht en is anders nietig wegens substantiële onregelmatigheid.

10. Op grond van artikel 522, § 1, van het Wetboek van vennootschappen beschikt de raad van bestuur van een naamloze vennootschap over de bevoegdheid "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". Voorts vertegenwoordigt krachtens artikel 522, § 2, de raad van bestuur "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".

11. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen

terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

12. Er blijkt niet *prima facie* hoe de ingeroepen grieven, indien ernstig, een schending kunnen aantonen van het als geschonden ingeroepen artikel 24 van het koninklijk besluit Plaatsing, dat de raming van het opdrachtbedrag betreft.

13. In de huidige stand van het geding wordt vastgesteld dat de offerte van de gekozen inschrijver de THV Audenaert-Audebo, namens de nv Audebo elektronisch werd ondertekend niet door een vertegenwoordigend orgaan, maar door een bijzonder gemachtigde. Daartoe was bij de offerte een uittreksel uit het Belgisch Staatsblad van 12 juli 2011 gevoegd "Herbenoeming commissaris en benoeming bijzondere mandatarissen" zoals op 30 juni 2011 neergelegd ter griffie van de rechtbank van koophandel te Gent:

> "Uittreksel uit de Notulen van de jaarvergadering van 4 maart 2011
>
> De vergadering besluit de commissaris te herbenoemen voor een periode van 3 jaar d.w.z. tot en met de jaarvergadering over het boekjaar 2013 ;
> C. Rombaut Bedrijfsrevisoren Burg. B.V.B.A. met zetel te 2500 Berchem, Belpairestraat 4 bus 2.1. vertegenwoordigd door de heer Carl Rombaut, bedrijfsrevisor, wonende te 2980 Zoersel, Jachthoornlaan 24
> De vergadering besluit om vanaf heden en voor onbepaalde tijd volgende bijzondere mandatarissen aan te stellen met de bevoegdheid om alleen aanbestedingen te ondertekenen :
> *De heer Geert Boone wonende te 9080 Zaventem, Rulare 191
> *De heer Samuel Auquier wonende te 9860 Oosterzele, Sint-Martensdries 1 C."

14. De verzoekende partij betwist in het tweede middelonderdeel de rechtsgeldigheid van die volmacht. De algemene vergadering zou daartoe noch wettelijk noch krachtens de statuten bevoegd zijn.

Uit de door de tussenkomende partijen als stukken 3 en 4 voorgelegde notulen van de algemene vergadering van de nv Audebo van 4 maart 2011 respectievelijk de notulen van de raad van bestuur van 4 maart 2011 blijkt echter dat de voormelde bijzondere mandatarissen, waaronder Samuel Auquier,

die de offerte namens de nv Audebo ondertekende, niet door de algemene vergadering maar wel door de raad van bestuur van de nv Audebo werden aangesteld als bijzonder mandataris met de bevoegdheid om "aanbestedingen" alleen te ondertekenen en in te dienen.

De raad van bestuur is daartoe ook volgens de verzoekende partij zelf bevoegd en dit is eveneens conform met artikel 23 van de statuten van de nv Audebo dat bepaalt: "De vennootschap wordt vertegenwoordigd door één gedelegeerd bestuurder, of door personen daartoe in het bijzonder gemachtigd door de raad van bestuur".

Wel wekt het bij de offerte gevoegde voormelde "uittreksel uit de notulen van de Jaarvergadering van 4 maart 2011", dat duidelijk bedoeld is als bewijs van de bevoegdheid van Samuel Auquier om de offerte namens de nv Audebo te ondertekenen, de indruk dat die volmacht werd verleend door de algemene vergadering, en niet door de raad van bestuur.

De door de tussenkomende partijen voorgelegde notulen van die algemene vergadering van 4 maart 2011, die begon om 19 uur, bevatten geen beslissing tot aanwijzing van bijzonder gevolmachtigden maar wel tot herbenoeming van de commissaris, eerste punt in die bekendmaking. Wel is de beslissing tot aanwijzing van bijzondere mandatarissen, tweede punt in die bekendmaking, opgenomen in de notulen van de raad van bestuur van 4 maart 2011, die begon om 19u30. Bijgevolg moet worden aangenomen dat het betrokken uittreksel, zoals bij de offerte gevoegd, per vergissing geen onderscheid maakt tussen de organen die deze beslissingen namen.

15. Reeds in het inleidend verzoekschrift in de toelichting bij het middel benadrukte de verzoekende partij dat een onregelmatige ondertekening van de offerte van THV Audenaert-Audebo niet kan worden rechtgezet door bijvoorbeeld *post factum* en buiten de indieningstermijn van de offertes alsnog een volmacht door de raad van bestuur van de nv Audebo toe te kennen aan Samuel Auquier, ongeacht of dit een bekrachtiging inhoudt van eerder gestelde handelingen.

Overeenkomstig haar pleitnota betoogt zij ter terechtzitting dat met een document dat louter *post factum* wordt bijgebracht in de procedure voor de Raad van State, zoals stuk 4 van de stukkenbundel van de THV Audenaert-Audebo, dat een bewijs van machtiging van het bevoegde orgaan zou moeten inhouden, evenmin rekening mag worden gehouden. Zelfs indien stuk 4 was bijgebracht tijdens de gunningsprocedure, doch ná indiening van de offertes, is dit volgens de verzoekende partij manifest laattijdig en mag er geen rekening mee worden gehouden gezien geenszins met voldoende zekerheid aangetoond kan worden dat stuk 4 vaste datum heeft of authentiek is. Een bestuur mag er bijgevolg niet van uitgaan dat er een geldige volmacht van het bevoegde orgaan bestond vóór de indiening van de offerte.

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, volgens het arrest cvba Vooruit nr. 1, nr. 226.982 van 31 maart 2014, "dat het niet bij de offerte voegen van de reeds gegeven volmacht geen absolute nietigheid van de offerte meebrengt".

Er blijkt niet *prima facie* waarom te dezen anders geoordeeld moet worden, in het kader van de hiervoor aangehaalde artikelen 82, § 3, en 95 van het koninklijk besluit Plaatsing.

De voorliggende zaak lijkt eveneens te moeten worden onderscheiden van de zaak beslecht door het arrest bvba Office Depot International, nr. 229.829 van 16 januari 2015, en waarnaar de verzoekende partij in het verzoekschrift verwijst. In die zaak werd immers, in tegenstelling tot hetgeen in de voorliggende zaak gebeurde, blijkbaar pas na de opening van de offertes een bijzondere volmacht verstrekt aan de persoon die de offerte had ondertekend.

Te dezen blijkt niet dat pas na de opening van de offertes een bijzondere volmacht werd verleend aan Samuel Auquier om de offerte namens de nv Audebo te ondertekenen, maar is deze reeds op 4 maart 2011 verleend door de raad van bestuur.

Het bestaan van deze beslissing van de raad van bestuur als collegiaal orgaan wordt te dezen bewezen door de aan de Raad van State door de tussenkomende partijen als stuk 4 voorgelegde notulen van de vergadering.

De voormelde chronologie tussen de jaarvergadering van 4 maart 2011 om 19 u en de vergadering van de raad van bestuur van 4 maart 2011 om 19u30, waarop grotendeels dezelfde personen aanwezig waren, bevestigt ook de datum van dit stuk 4. Daarnaast werd een uittreksel uit de beslissing van de jaarvergadering van 4 maart 2011 met de volmacht, waarbij het uittreksel per vergissing stelt dat dit werd verleend door die vergadering, op 30 juni 2006 neergelegd ter griffie van de rechtbank van koophandel te Gent en werd dit uittreksel bekendgemaakt in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 12 juli 2011.

De verzoekende partij betwist te dezen dit stuk niet van valsheid.

16. Het uitgangspunt van het middelonderdeel, dat er geen rechtsgeldige volmacht was verleend vóór de opening van de offertes en dat de offerte van de gekozen inschrijver bijgevolg niet rechtsgeldig was ondertekend namens de nv Audebo, wordt dan ook niet bijgevallen.

17. Dat de voormelde beslissing van de raad van bestuur van 4 maart 2011 die onder meer Samuel Auquier aanstelt als bijzonder mandataris bevoegd om namens de nv Audebo “alleen aanbestedingen te ondertekenen” niet bij de offerte was gevoegd, lijkt evenmin van aard een schorsing te rechtvaardigen, nu een geldige volmacht bestaat die werd verleend vóór het ondertekenen van de offerte .

18. Aldus lijkt niet aangetoond dat de offerte niet rechtsgeldig werd ondertekend namens de nv Audebo zodat het uitgangspunt van het tweede middelonderdeel faalt wat de ingeroepen schending betreft van de artikelen 51, § 2, 82 en 94, § 4, van het koninklijk besluit Plaatsing. Evenmin is dan aangetoond dat artikel 522 van het Wetboek van vennootschappen werd geschonden of de materiëlemotiveringsplicht.

19. De verzoekende partij merkt voorts in het eerste en tweede middelonderdeel op dat uit het gunningsverslag niet blijkt dat de ondertekenings-bevoegdheid van Samuel Auquier werd onderzocht en beoordeeld. Tevens werpt zij op dat minstens niet afdoende wordt gemotiveerd waarom de gekozen offerte formeel regelmatig werd bevonden.

Wat de formele motivering betreft, blijkt in ieder geval uit het verzoekschrift dat de volgens de verzoekende partij niet afdoende formele motivering "OK" inzake de formele regelmatigheid van de gekozen offerte in het gunningsverslag, de verzoekende partij niet belet heeft die beoordeling wat de ondertekening betreft inhoudelijk in rechte te betwisten zodat minstens voldaan lijkt aan de *ratio legis* van de formelemotiveringsplicht.

De verzoekende partij merkt in dat verband in de toelichting bij het tweede middelonderdeel nog op dat uit de bestreden beslissing "niet blijkt welke 'onregelmatigheden niet essentieel' zijn" betreffende het formeel nazicht en zij aldus niet kan nagaan of de gelijkheid der inschrijvers al dan niet werd gerespecteerd. Aldus brengt zij de schending van het gelijkheidsbeginsel in verband met de grief dat, aangezien niet zou zijn aangetoond dat de aanbestedende overheid de rechtsgeldigheid van de ondertekeningen effectief en adequaat heeft onderzocht, de realiteit is dat inschrijvers met een ongeldige ondertekening van hun offerte ten onrechte evenveel kans maken op het behalen van de opdracht als inschrijvers met een geldige ondertekening. Herhaald kan enkel worden dat, gelet op de door de tussenkomende partijen voorgelegde volmacht van 4 maart 2011 verleend door de raad van bestuur, niet is aangetoond dat de offerte niet rechtsgeldig werd ondertekend namens de nv Audebo en dus ook niet dat een ongeldig ondertekende offerte werd vergeleken met een geldig ondertekende offerte. Bijgevolg faalt het feitelijk uitgangspunt van die grief.

VIII. Besluit en kosten

20. Het enige middel is in zijn geheel niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient bijgevolg te worden verworpen.

Er is grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State *juncto* 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', de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

In zoverre ook de tussenkomende partijen een rechtsplegings-vergoeding vorderen, wordt erop gewezen dat zij, overeenkomstig het uitdrukkelijk bepaalde in artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, deze vergoeding niet kunnen genieten.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Audenaert en de nv Audebo, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst 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 een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 oktober 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**