

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 236.888 van 22 december 2016

in de zaak A. 220.785/XII-8264

In zake: de NV BLUE-MOBILITY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Knaepen
kantoor houdend te 3530 Houthalen-Helchteren
Greenville - Centrum Zuid 1111
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 november 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent d.d. 14 oktober 2016 waarbij het gunningsverslag inzake de opdracht tot het opzetten en exploiteren van een back-to-one kleinschalig deelfietssysteem wordt goedgekeurd en waarbij ook de gunning wordt goedgekeurd aan de vzw Bicykel [...] tegen de prijzen van de goedgekeurde offerte”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 december 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Stijn Knaepen en Jonas Voorter, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat John Devers, die 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. Op 23 november 2015 beslist de gemeenteraad van de stad Gent om een opdracht uit te schrijven voor de aankoop en exploitatie van een deelfietssysteem. De opdracht wordt gegund met een open offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. Het bestek “Opzetten en exploiteren van een back-to-one kleinschalig deelfietssysteem” is op de opdracht van toepassing.

Het bestek bepaalt de volgende vier gunningscriteria: criterium 1: prijs (50 punten); criterium 2: technische kwaliteit van de fiets (25 punten), criterium 3: beheer- en managementsysteem (15 punten) en criterium 4: innovativiteit en duurzaamheid (10 punten).

3.4. Op 28 juni 2016 vindt de openingszitting plaats. De verzoekende partij en de vzw Bycykel blijken een offerte te hebben ingediend.

3.5. De offertes worden onderzocht en er wordt een gunningsverslag opgesteld, in het administratief dossier neergelegd in een niet ondertekende versie, die 5 oktober 2016 is gedateerd. De beide inschrijvers worden geselecteerd en de offertes worden beide regelmatig bevonden. De offertes worden beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria. De offerte van de verzoekende partij scoort beter wat de prijs betreft, terwijl de offerte van de vzw Bycykel beter scoort op de andere gunningscriteria. De vzw Bycykel wordt als eerste gerangschikt met een totaalscore van 89,78, de verzoekende partij als tweede met een score van 84,88. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de vzw Bycykel.

3.6. Op 13 oktober 2016 keurt het college van burgemeester en schepenen het gunningsverslag goed en beslist het om de opdracht te gunnen aan de vzw Bycykel.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij aangetekende brief van 24 oktober 2016, opnieuw verstuurd op 8 november 2016, wordt de bestreden beslissing meegedeeld aan de verzoekende partij.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie

4. De verwerende werpt een exceptie van onontvankelijkheid op wegens gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partij. De verwerende partij is van oordeel dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is, zodat de opdracht, zelfs na een eventuele schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, in ieder geval niet mag worden gegund aan de verzoekende partij.

De verwerende partij wijst er op dat de offerte van de verzoekende partij werd ondertekend door Deborah Anné, op 28 juni 2016. Bij de offerte werden twee bijzondere volmachten aan Deborah Anné gevoegd, één uitgaande van Cédric Blanckaert, als voorzitter van de raad van bestuur van de

verzoekende partij en één uitgaande van Koen Van Lancker, als bestuurder van de verzoekende partij. Bovendien werd bij de offerte een bekendmaking van een uittreksel uit de statuten van de verzoekende partij gevoegd, gepubliceerd in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad van 11 januari 2011. Uit dit uittreksel blijkt dat de vennootschap in rechte en tegenover derden wordt vertegenwoordigd door twee bestuurders samen optredend.

De verwerende partij verwijst echter ook naar een meer recente publicatie in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad van 4 december 2014, die zij bij nader onderzoek vond, en waaruit blijkt dat de statuten werden gewijzigd onder meer wat de vertegenwoordiging van de vennootschap betreft. Voortaan wordt de vennootschap vertegenwoordigd ten aanzien van derden en in rechte door twee bestuurders die samen optreden waarbij dit noodzakelijkerwijze de voorzitter en de ondervoorzitter van de raad van bestuur dienen te zijn. De voorzitter van de raad van bestuur wordt benoemd onder de bestuurders van klasse B en de ondervoorzitter wordt telkens voor een periode van één jaar aangesteld, alternerend onder de bestuurders van klasse A en klasse C. Cédric Blanckaert werd op 6 november 2014 aangesteld als bestuurder klasse B voor drie jaar en uit een bekendmaking in het Belgisch Staatsblad van 8 juli 2016 blijkt dat hij werd aangesteld als voorzitter van de raad van bestuur per 13 juni 2016. Uit deze laatste bekendmaking blijkt tevens dat Koen Van Lancker eveneens werd benoemd als bestuurder, ook van klasse B, per 13 juni 2016. Bijgevolg kan Koen Van Lancker niet zijn aangesteld als ondervoorzitter, aangezien deze onder de leden van klasse A dan wel klasse C wordt aangesteld.

De verwerende partij besluit dan ook dat de volmacht, die door Koen Van Lancker werd verleend aan Deborah Anné voor de ondertekening van de offerte, niet nuttig kan zijn nu Koen Van Lancker samen optredend enkel met de voorzitter van de raad van bestuur niet bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen ten aanzien van derden. Bijgevolg handelde Deborah Anné zonder de vereiste handtekeningsbevoegdheid bij het ondertekenen van de offerte en is de offerte substantieel onregelmatig.

Beoordeling

5. De Raad van State kan in een kort geding en *a fortiori* in een kortgeding bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts een beperkt onderzoek wijden aan ontvankelijkheidsexcepties. Een verzoekende partij kan er zich immers minder behoorlijk tegen in bescherming nemen dan in de procedure ten gronde. Daarom past het in een kort geding dat de Raad van State deze excepties eerder zou verwerpen dan aannemen tenzij indien zijn beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont. Een verwerende partij mag zich voorts – zij het in beginsel – niet voor het eerst in de procedure voor de Raad van State op de onregelmatigheid van de offerte van een verzoekende partij beroepen als deze niet in de bestreden beslissing werd opgemerkt.

6. Overeenkomstig artikel 15, samen genomen met artikel 14 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ kan de verhaalinstantie de “beslissingen van de aanbestedende instanties” vernietigen of de uitvoering ervan schorsen op verzoek van elke persoon “die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld”. Een inschrijver die een substantieel onregelmatige offerte zou hebben ingediend, lijkt aldus in beginsel geen belang te hebben om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen zou blijken dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund. De te dezen ingeroepen middelen lijken die strekking niet te hebben, aangezien deze op het eerste gezicht niet beogen de eventuele onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver aan te tonen of deze laatste zelf te zien weren.

7. Artikel 51, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), dat te dezen van toepassing is, bepaalt:

“Elke offerte wordt schriftelijk ingediend.

De offerte wordt ondertekend door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden. Dit voorschrift geldt voor alle deelnemers als de offerte wordt ingediend door een combinatie zonder

rechtspersoonlijkheid. De deelnemers zijn dan hoofdelijk verbonden en zijn verplicht de deelnemer aan te duiden die de combinatie zal vertegenwoordigen tegenover de aanbestedende overheid.”

In het verslag aan de Koning (*B.S.* 9 augustus 2011, 44.887) wordt bij de aangehaalde bepaling verduidelijkt dat onder ondertekening moet worden begrepen:

- “- de ondertekening door de inschrijver-natuurlijke persoon;
- de ondertekening door de natuurlijke persoon die bevoegd is om de inschrijver-rechtspersoon te verbinden krachtens de vennootschappenwet of andere wettelijke of reglementaire bepalingen en de toepasselijke statutaire bepalingen;
- de ondertekening door een natuurlijke of rechtspersoon, die gemachtigd is de inschrijver-natuurlijke of rechtspersoon te verbinden.”

Dit vereiste geldt eveneens wanneer de offertes elektronisch worden ingediend. Artikel 52, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt daartoe aan welke waarborgen de elektronische handtekening moet voldoen.

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

Artikel 82, § 3, betreft de ondertekening door een gemachtigde zoals te dezen het geval is, 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 gedeponneerd. De gemachtigde verwijst in iedere offerte naar die deponering.”

Artikel 95 ten slotte luidt:

“§ 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 de bevoegdheid hebben krachtens dwingende regelgeving of eigen statutaire bepalingen van de inschrijver.

De verzoekende partij heeft de rechtsvorm van een naamloze vennootschap. 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”.

8. De offerte van de verzoekende partij is door de verwerende partij neergelegd als vertrouwelijk stuk. De Raad mag dit vertrouwelijk stuk in zijn beoordeling betrekken teneinde de waarachtigheid van de beweringen van de verwerende partij na te gaan. Te dezen blijkt de offerte van de verzoekende partij elektronisch te zijn ondertekend door Deborah Anné. Het offerteformulier blijkt – althans volgens de in het administratief dossier in gescande vorm opgenomen versie – eveneens ondertekend door Deborah Anné. Blijkbaar als bewijs van haar ondertekeningsbevoegdheid werden bij de offerte twee bijzondere volmachten gevoegd, met als datum 27 juni 2016, beide in het administratief dossier opgenomen – niet in origineel. Blijkbaar is één volmacht ondertekend door Cédric Blanckaert, in zijn hoedanigheid van “voorzitter Blue-mobility NV” en blijkt één ondertekend door Koen Van Lancker, in zijn hoedanigheid van “bestuurder Blue-mobility NV”. Ook de statuten van de verzoekende partij, gepubliceerd in de bijlagen van het Belgische Staatsblad van 11 januari 2011, blijken bij de offerte te zijn gevoegd. Onder de rubriek “vertegenwoordigingsbevoegdheid van de raad van bestuur” wordt daarin bepaald dat de vennootschap “ten overstaan van derden” en “voor het gerecht en in de akten” wordt vertegenwoordigd door twee bestuurders samen optredend.

Op het eerste gezicht lijkt met de verwerende partij te moeten worden vastgesteld dat uit de latere publicatie in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad van 4 december 2014, die niet was gevoegd bij de offerte, echter blijkt dat op 6 november 2014 in een buitengewone algemene vergadering ingrijpende wijzigingen aan de statuten van de verzoekende partij werden aangebracht. Meer bepaald werd onder meer de samenstelling gewijzigd van de raad van bestuur van de verzoekende partij, die nu bestaat uit 1 bestuurder van klasse A, 3 bestuurders van klasse B en 2 bestuurders van klasse C. Het betrokken artikel 14, dat de samenstelling van de raad van bestuur regelt, bepaalt eveneens dat de raad van bestuur onder de bestuurders klasse B een voorzitter “kan” benoemen en dat de bestuurder klasse A en de bestuurders klasse C alternerend als ondervoorzitter worden aangesteld, telkens voor een periode van 1 jaar. Ook de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vennootschap in artikel 17 wordt gewijzigd in die zin dat de vennootschap ten aanzien van derden en in rechte wordt vertegenwoordigd door “twee bestuurders die samen optreden” maar dat dit nu “noodzakelijkerwijs de Voorzitter en de Ondervoorzitter van de Raad van Bestuur

dienen te zijn”. Voorts blijven de statuten in het voormelde artikel, zoals in de bij de offerte gevoegde versie, bepalen dat de vennootschap geldig verbonden is door bijzondere gevolmachtigden, binnen het kader van hun mandaat. Deze buitengewone algemene vergadering van 6 november 2014 benoemt ook zes bestuurders voor drie jaar, waaronder Cédric Blanckaert als bestuurder klasse B. Koen Van Lancker blijkt dan nog geen bestuurder te zijn.

Uit een bekendmaking in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad van 8 juli 2016 blijkt voorts dat één van de drie benoemde bestuursleden klasse B ontslag neemt en door de algemene vergadering van 27 mei 2016 – vóór de opening van de offertes en een maand vóór de ondertekening van de bij de offerte gevoegde volmachten, op 27 juni 2016 ondertekend – wordt vervangen door Koen Van Lancker. Uit die publicatie blijkt tevens dat de raad van bestuur op 13 juni 2016 Cédric Blanckaert aanstelt als voorzitter van de Raad van Bestuur. Uit geen enkel stuk blijkt echter dat Koen Van Lancker zou zijn aangesteld als ondervoorzitter. Met de verwerende partij moet overigens worden vastgesteld dat dit ook niet lijkt te kunnen aangezien Koen Van Lancker wordt benoemd als bestuurder klasse B en het de bestuurder klasse A dan wel de bestuurders klasse C zijn die alternerend worden aangesteld als ondervoorzitter.

De verwerende partij lijkt dan ook op het eerste gezicht terecht aan te voeren dat de volmacht die door Koen Van Lancker werd verleend aan Deborah Anné voor de ondertekening van de offerte, niet nuttig kan zijn, nu hij geen ondervoorzitter is en als bestuurder klasse B ook niet mag zijn, terwijl de statuten voorschrijven dat de vennootschap “noodzakelijkerwijs” wordt vertegenwoordigd door “de Voorzitter en de Ondervoorzitter van de Raad van Bestuur”. Bijgevolg handelde Deborah Anné zonder de statutair vereiste vertegenwoordigingsbevoegdheid bij het ondertekenen van de offerte, hetgeen als dusdanig ter terechtzitting niet lijkt te worden betwist door de verzoekende partij. De conclusie in de huidige stand van de zaak is bijgevolg dat deze offerte substantieel onregelmatig is en de verzoekende partij zonder belang is bij haar vordering.

Het gegeven dat de aanbestedende overheid deze onregelmatigheid niet in de bestreden beslissing heeft vastgesteld, lijkt in het

voorliggende geval aan deze conclusie niets af te doen. Dit verzuim lijkt de verwerende partij immers niet als een onzorgvuldigheid te mogen worden aangerekend. Op grond van de bij de offerte gevoegde – niet meer in die voorgelegde vorm toepasselijke – statuten en van de twee volmachten die ogenschijnlijk van twee bestuurders afkomstig waren, kon de verwerende partij immers op dat ogenblik zonder diepgaand onderzoek niet meteen weet hebben noch van de geschetste ingrijpende statutenwijziging in 2014 noch van de niet nuttige vertegenwoordigingsbevoegdheid van Koen Van Lancker.

Ter terechtzitting ontwikkelt de verzoekende partij nog een argumentatie rond de certificatie die verband houdt met de elektronisch ingediende offerte en zij maakt daarin gewag van twijfel of in dat kader de voormelde volmachten wel noodzakelijk waren. Zij legt als grondslag voor die argumentatie een nieuw stuk neer. Dit stuk wordt echter uit het debat geweerd en op de argumentatie wordt dan ook niet ingegaan. Door de laattijdigheid waarmee het stuk is neergelegd, is onderzoek daarvan door het auditoraat en door de verwerende partij immers niet mogelijk gemaakt.

V. Besluit en kosten

9.1. De vordering is niet ontvankelijk.

9.2. 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’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als 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 22 december 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