

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.958 van 23 november 2017
in de zaak A. 223.655/XII-8456**

In zake: de NV LDV UNITED
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Charlotte Poulussen en Valentine de Francquen
kantoor houdend te 1050 Brussel
Flageyplein 18
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luus Hillen

tegen:

de AUTORITEIT VOOR FINANCIËLE DIENSTEN EN
MARKTEN (FSMA)

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 oktober 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de FSMA, genomen op 17 oktober 2017, waarvan [de nv LDV United] kennis heeft genomen door middel van een schrijven verzonden op 18 oktober 2017 [...] en waarbij beslist werd om de offerte van [de nv LDV United] [voor de opdracht voor diensten 2016/023 ‘advertentie- en reclamediensten’] als onregelmatig te weren”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 november 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Charlotte Poulussen, Valentine de Francquen en Luus Hillen, die verschijnen voor de verzoekende partij, en ondervoorzitter van het directiecomité Annemie Rombouts en eerste attaché Frederick Ongena, 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 diensten met als voorwerp “advertentie- en reclamediensten”.

3.2. De opdracht wordt gegund via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 2.400.000,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 augustus 2016 en het Europees Publicatieblad van 24 augustus 2016.

3.4. Uit het proces-verbaal van 19 september 2016 van opening van de aanvragen tot deelneming blijkt dat zeven ondernemingen, waaronder de verzoekende partij, een aanvraag tot deelneming hebben ingediend.

3.5. Op 29 juni 2017 beslist de verwerende partij de volgende drie ondernemingen te selecteren:

- de nv MMS Communications Belgium
- de nv LDV United (de verzoekende partij)
- de nv Proximity BBDO

3.6. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 30 juni 2017 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van haar selectie. Aan de hand van het meegezonden bestek met referte 2016/023 wordt de verzoekende partij uitgenodigd om uiterlijk op 6 september 2017 om 11.00 uur een offerte in te dienen.

3.7. Het bestek vermeldt onder artikel 1.5 dat alle documenten door de inschrijver of zijn gevolmachtigde opgesteld of vervolledigd, door hem ondertekend zijn.

Het bij het bestek bijgevoegde model van offerteformulier bevat onderaan de volgende vermelding:

“Handtekening, met vermelding van de hoedanigheid van de ondertekenaar(s).”

3.8. Uit het proces-verbaal van 6 september 2017 van opening van de offertes blijkt dat de drie geselecteerde ondernemingen een offerte hebben ingediend.

3.9. De offerte van de verzoekende partij is ondertekend door Harry Demey, met vermelding van de hoedanigheid “Afgevaardigd Bestuurder”.

Bij de offerte is geen uittreksel uit de bijlagen tot het Belgisch Staatsblad gevoegd. Ook de gecoördineerde statuten van de verzoekende partij zijn niet bij de offerte gevoegd.

3.10. Met een e-mailbericht van 6 oktober 2017 stelt de verwerende partij een eerste maal een vraag tot verduidelijking van de bevoegdheid van de ondertekenaar van de offerte:

“Kunt u ons verduidelijken op basis waarvan de heer Harry Demey bevoegd is om de offerte van LDV United NV voor de opdracht ‘Advertentie- en reclamediensden’ (dossier 2016/023) te ondertekenen?”

Nog dezelfde dag antwoordt de verzoekende partij wat volgt:

“Gelieve hierbij 2 uittreksels te vinden van het Belgisch Staatsblad in verband met de benoeming (1999) en herbenoeming (2016) van Harry Demey als Afgevaardigd Bestuurder van LDV.
Alvast bedankt om te bevestigen dat dit voldoende verduidelijking brengt.”

Een eerste uittreksel betreft een bijlage tot het Belgisch Staatsblad van 6 mei 1999. Met een beslissing, opgesteld in het Frans, besliste de raad van bestuur van de nv Bates Belgium op 26 maart 1999 om Harry Demey aan te stellen als “Administrateur Délégué” (afgevaardigd bestuurder) met ingang van 1 april 1999.

Een tweede uittreksel betreft een bijlage tot het Belgisch Staatsblad van 9 augustus 2016 waaruit blijkt dat de algemene vergadering beslist om “het mandaat” van Harry Demey te hernieuwen voor een termijn van 6 jaar.

3.11. De verwerende partij verklaart op 9 oktober 2017 telefonisch een tweede vraag om verduidelijking aan de verzoekende partij te hebben gericht.

Dezelfde dag antwoordt de verzoekende partij wat volgt:

“Gelieve hierbij in bijlage de uittreksels te vinden van het Belgisch Staatsblad waaruit zou moeten blijken dat Harry Demey als afgevaardigd bestuurder bevoegd is om offertes te ondertekenen. De scans zijn op volgorde van data van publicaties (de eerste zijn de meest recente). Ik hoop dat dit voldoende aangeeft dat Harry de nodige bevoegdheden heeft? Moesten er nog zaken verder verduidelijkt dienen te worden, aarzel niet me te contacteren.”

De bijlage waarnaar de verzoekende partij verwijst, bevat 23 bladzijden met, voornamelijk, uittreksels uit de bijlagen tot het Belgisch Staatsblad. Uit geen enkel van de meegeleverde documenten blijkt de concrete inhoud van de interne beslissingsbevoegdheid of externe vertegenwoordigingsmacht van de afgevaardigd bestuurder.

3.12. Met een e-mailbericht van 12 oktober 2017 richt de verwerende partij een derde vraag om verduidelijking aan de verzoekende partij:

“Kan u ons de meest recente versie van de gecoördineerde statuten bezorgen, alsmede de beslissing van het bevoegde orgaan waarmee Harry Demey is benoemd tot afgevaardigd bestuurder? De documenten die u ons bezorgde lijken immers betrekking te hebben op de benoeming door de algemene vergadering van Harry Demey tot het mandaat als gewone bestuurder.”

3.13. Met een e-mailbericht van dezelfde dag bezorgt de raadsman van de verzoekende partij de gecoördineerde statuten van de verzoekende partij. In haar begeleidend schrijven beantwoordt zij de vraag van de verwerende partij als volgt:

“Dans ces statuts coordonnées, j’attire votre attention sur l’article 21 en page 7 relatif à la représentation de la société LDV:
- soit par deux administrateurs, qui décident ensemble;
- soit, dans la limite de la gestion journalière, par une personne à qui cette fonction est octroyée’, en d’autres termes, l’administrateur-délégué.
Je joins également, pour votre parfaite information, la copie de la publication du 6 mai 1999 au Moniteur Belge (LDV anciennement dénommée Bates Belgium) actant que M. Harry Demey a été nommé administrateur-délégué à partir du 1^{er} avril 1999:
‘Décide de nommer M. Harry Demey, Lange Koepoortstraat 33 bl , 2000 Antwerpen, en qualité d’administrateur délégué à partir du 1^{er} avril 1999....’
Depuis lors, la publication du 3 juillet 2008 au Moniteur Belge (copie en annexe) a ratifié et confirmé la nomination de 1999 de M. Demey en sa qualité d’administrateur-délégué de LDV United.
Ainsi, je vous confirme que depuis 1999 - et ce sans interruption - M. Demey est administrateur-délégué de la société LDV United.”

3.14. Op 17 oktober 2017 beslist de verwerende partij dat de offerte van de verzoekende partij niet rechtsgeldig is ondertekend en dat om die reden haar offerte wordt geweerd:

“LDV United NV, met ondernemingsnummer 0403.495.353

De offerte is ondertekend door Harry Demey, in zijn hoedanigheid van afgevaardigd bestuurder.

Uit de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad blijkt dat ‘het mandaat’ van Harry Demey is verlengd voor een termijn van 6 jaar dewelke zal eindigen na de jaarvergadering van 2022.

Dit document vermeldt echter niet uitdrukkelijk dat ‘het mandaat’ dat is van afgevaardigd bestuurder. Aangezien de benoeming is gebeurd door de algemene vergadering van 14 juli 2016 gaat het om het mandaat als ‘gewone’ bestuurder. Dit blijkt ook uit de vorige benoeming van Harry Demey. Uit de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad blijkt dat hij op 25 mei 2010 door de algemene vergadering als bestuurder werd benoemd tot de algemene vergadering van 2016 (31 mei). De herbenoeming betreft aldus het mandaat van bestuurder.

Artikel 525 W. Venn bepaalt, vervolgens, dat de wijze waarop het orgaan, belast met dagelijks bestuur (de afgevaardigd bestuurder) wordt benoemd, bepaald wordt door de statuten.

Gevraagd naar de gecoördineerde statuten en de benoemingsbeslissing van Harry Demey bezorgde LDV United NV, bij monde van diens raadsman, de gecoördineerde statuten van de onderneming, samen met een uittreksel uit de notulen van de vergadering van de raad van bestuur van 7 mei 2008. In die vergadering ‘ratificeert’ de raad van bestuur het mandaat van Harry Demey als gedelegeerd bestuurder.

In de e-mail waarmee de documenten worden bezorgd, verwijst de raadsman van LDV United uitdrukkelijk naar artikel 21, pagina 7 van de statuten waarin is vermeld dat de vennootschap ten aanzien van derden rechtsgeldig wordt vertegenwoordigd door:

- Hetzij twee bestuurders, die samen optreden;
- Hetzij, binnen de grenzen van het dagelijks bestuur, door de persoon aan wie dit bestuur is opgedragen.

Conform vaste rechtspraak van de Raad van State (zie bijv. RvS, nr. 199.434 van 12 januari 2010; RvS, nr. 227.654 van 6 juni 2014; RvS, nr. 232.024 van 6 augustus 2015; RvS, nr. 234.310 van 5 april 2016 en RvS, nr. 238.963 van 21 augustus 2017) kan het ondertekenen van een offerte, in het kader van een overheidsopdracht, niet worden beschouwd als een daad van dagelijks bestuur. In de offerte en in de bijkomende correspondentie reikt de inschrijver bovendien geen enkel gegeven aan waaruit zou moeten blijken dat in casu redenen voorhanden zijn om aan te nemen dat van deze rechtspraak kan worden afgeweken.

Doordat de offerte is ondertekend door het orgaan van dagelijks bestuur, binnen de grenzen van het dagelijks bestuur, terwijl het ondertekenen van een offerte niet binnen deze grenzen valt, moet worden vastgesteld dat de offerte van LDV United NV niet rechtsgeldig is ondertekend.

De offerte moet bijgevolg a[l]s onregelmatig worden geweerd.”

Dit is de bestreden beslissing.

3.15. Op 18 oktober 2017 wordt de verzoekende partij, zowel met een e-mailbericht als met een aangetekend schrijven, in kennis gesteld van de bestreden beslissing.

3.16. Met een op 24 oktober 2017 gedagtekende brief vraagt de raadsman van de verzoekende partij aan de verwerende partij om de bestreden beslissing in te trekken.

In die brief verwijst de verzoekende partij uitdrukkelijk naar bijzondere bevoegdheden die volgens haar door de raad van bestuur op 26 maart 1999 zijn toegekend aan Harry Demey:

“Meer bepaald, onder punt 6 staat vermeld ‘letterlijk aangehaald’:

6. « Faire et accepter toutes offres de prix, conclure tous contrats et passer et accepter toutes commandes pour l’achat et la vente de tout matériel, équipement et autres biens d’investissements et de tous services et fournitures ».

Nederlandse vertaling :

6. « Alle prijsoffertes uitbrengen en aanvaarden, alle contracten afsluiten en alle bestellingen voor de aankoop en verkoop van alle materiaal, uitrusting plaatsen en aanvaarden en andere investeringsgoederen en alle diensten en leveringen »

Op basis van punt 6 van de beslissing van de Raad van Bestuur van 26 maart 1999 en de bijzondere bevoegdheden, is Harry Demey, afgevaardigd bestuurder, gerechtigd om de offerte rechtsgeldig te ondertekenen.

In dit verband wens ik uw aandacht te vestigen op artikel 20 c) van de statuten dewelke voorzien:

« c) bevoegdheidsdelegatie

De Raad van bestuur, net als degenen aan wie het dagelijks bestuur wordt opgedragen, kunnen eveneens in het kader van dit bestuur bijzondere en bepaalde machten delegeren aan één of meerdere personen, naar hun keuze. De [gevolmachtigden] verbinden de vennootschap binnen de perken van de hen verleende volmacht, onverminderd de verantwoordelijkheid van de lastgever ingeval van overdreven volmacht. »

Bovendien en volledigheidshalve werd door de Raad van Bestuur van LDV/Limited NV op 28 mei 2008 (BS 03/07/2008) — voor zover als nodig het mandaat van Harry Demey als afgevaardigd bestuurder, benoemd in

deze functie bij beslissing van de Raad van Bestuur van 26 maart 1999, gepubliceerd in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 6 mei 1999 onder nummer 990506-717, geratificeerd, zodat er zelfs geen discussie kan zijn over de bijzondere bevoegdheden van Harry Demey (bijlage 2).”

3.17. Met een brief van 30 oktober 2017 antwoordt de verwerende partij:

“Op basis van de analyse van de offerte en de ter beschikking gestelde documenten kunnen wij uw hypothese niet volgen.

Vooreerst stellen we vast dat de offerte van LDV United NV is ondertekend door Harry Demey. Als hoedanigheid vermeldt hij uitsluitend zijn functie als ‘afgevaardigd bestuurder’. In dit verband wijzen we erop dat op grond van artikel 62 van het Wetboek van Vennootschappen, in alle akten die een vennootschap verbinden, zoals een offerte, onmiddellijk voor of na de handtekening van de persoon die de vennootschap vertegenwoordigt, moet worden vermeld in welke hoedanigheid hij optreedt.

Op het offerteformulier, noch op enig ander document in de offerte wordt verwezen naar bijzondere bevoegdheden of volmachten waarover Harry Demey zou beschikken. Nochtans vermeldt het offerteformulier uitdrukkelijk dat een handtekening vereist is, samen met de vermelding van de hoedanigheid van de ondertekenaar(s).

Omdat bij de offerte geen enkel stuk was gevoegd dat de bevoegdheid van Harry Demey verduidelijkte, stelde de FSMA op 6 oktober 2017 per e-mail uitdrukkelijk de vraag om te verduidelijken op basis waarvan Harry Demey bevoegd was om de offerte te ondertekenen.

Dezelfde dag bezorgde LDV United, per e-mail, twee uittreksels uit het Belgisch Staatsblad. In de schriftelijke toelichting bij de e-mail werd uitsluitend verwezen naar de benoeming en herbenoeming van Harry Demey als afgevaardigd bestuurder. Over bijzondere volmachten werd opnieuw niets gezegd.

Omdat de vraag naar de ondertekeningsbevoegdheid nog steeds niet was uitgeklaard, werd opnieuw gevraagd om deze bevoegdheid te verduidelijken. Met een e-mail van 9 oktober 2017 antwoordde LDV United:

Gelieve hierbij in bijlage de uittreksels te vinden van het Belgische Staatsblad waaruit zou moeten blijken dat Harry Demey als afgevaardigd bestuurder bevoegd is om offertes te ondertekenen.(...)

LDV United NV bevestigde op 9 oktober 2017, met andere woorden, uitdrukkelijk dat Harry Demey in zijn hoedanigheid van afgevaardigd bestuurder heeft ondertekend. Opnieuw wordt niet verwezen naar bijzondere volmachten of bevoegdheden.

Omdat LDV United NV nog steeds niet had toegelicht op basis van welke rechtsgrond de afgevaardigd bestuurder bevoegd zou zijn om de offerte te ondertekenen, werd op 12 oktober 2017 een derde kans geboden om het bevoegdheidsvraagstuk te verhelderen en vroeg de aanbestedende overheid, per e-mail, uitdrukkelijk om de gecoördineerde statuten.

Per e-mail van 12 oktober antwoordde u, namens uw cliënt, en bezorgde u ons de gecoördineerde statuten. In uw antwoord verwees u uitdrukkelijk naar artikel 21, op pagina 7, van de statuten als grondslag voor de bevoegdheid van Harry Demey om de offerte *in casu* te ondertekenen. In uw e-mail citeert u, meer precies, volgende passus uit voormeld artikel:

Dans ces statuts coordonnées, j'attire votre attention sur l'article 21 en page 7 relatif à la représentation de la société LDV:

« - soit par deux administrateurs, qui décident ensemble;

- soit, dans la limite de la gestion journalière, par une personne à qui cette fonction est octroyée, en d'autres termes, l'administrateur-délégué. »

Opnieuw wordt uitsluitend melding gemaakt van de hoedanigheid als afgevaardigd bestuurder. Meer nog, de aanbestedende overheid wordt exclusief gewezen op de bevoegdheid die de afgevaardigd bestuurder, binnen de grenzen van het dagelijks bestuur, heeft om de vennootschap te vertegenwoordigen.

Van bijzondere bevoegdheden of volmachten en de passus uit de statuten die betrekking heeft op de vertegenwoordiging van de vennootschap door bijzondere lasthebbers is ook in die e-mail geen enkele sprake. Nochtans voorziet artikel 21 van de statuten in het vierde lid dat de vennootschap op geldige wijze vertegenwoordigd wordt door speciale lasthebbers binnen de grenzen van hun opdracht.

Op basis van de offerte en de verschillende mogelijkheden die de aanbestedende overheid heeft geboden om de bevoegdheid van Harry Demey toe te lichten, was zij genooddaakt vast te stellen dat de offerte niet was ondertekend door het orgaan dat daarvoor is bevoegd. De motieven van deze beslissing werden aan LDV United NV meegedeeld per e-mail en per aangetekend schrijven op 18 oktober.

Met uw brief van 24 oktober ontwikkelt u een stelling waarbij Harry Demey, niet als afgevaardigd bestuurder, maar als bijzonder gevolmachtigde over de bevoegdheid zou beschikken om de offerte *in casu* te ondertekenen.

Het is vooreerst bijzonder vast te stellen dat deze hypothese voor het eerst in uw brief van 24 oktober 2017 wordt geopperd. Noch in de offerte, noch in enig antwoord op de verschillende vragen die de aanbestedende overheid ter zake heeft gesteld, is sprake van deze hypothese. In tegendeel, steeds wordt verwezen naar de bevoegdheden 'als afgevaardigd bestuurder' en de vertegenwoordiging 'binnen de grenzen van het dagelijks bestuur'. Ook uw e-mail van 12 oktober 2017 vormt hierop geen uitzondering.

Bovendien blijkt uit de hypothese die u in uw brief van 24 oktober 2017 heeft ontwikkeld geenszins dat Harry Demey bevoegd zou zijn om de offerte te ondertekenen.

Vooreerst verwijst u naar een beslissing van de raad van bestuur van Bates Belgium NV van 26 maart 1999. Uit het uittreksel van de notulen van die raad van bestuur blijkt dat Harry Demey vanaf 1 april 1999 wordt aangesteld als afgevaardigd bestuurder. Met een volgende beslissing wordt hem een aantal bijzondere volmachten gegeven. De bijzondere volmachten

worden niet gegeven aan Harry Demey, afgevaardigd bestuurder maar wel aan Harry Demey zelf, als natuurlijke persoon.

In uw brief verwijst u naar de zesde bijzondere bevoegdheid dewelke als volgt is omschreven:

“6. Faire et accepter toutes offres de prix, conclure tous contrats et passer et accepter toutes commandes pour l'achat et la vente de tout matériel, équip[e]ment et autres biens d'investissements et de tous services et fournitures”.

In uw brief van 24 oktober besluit u, op basis van deze bevoegdheid, dat ‘Harry Demey, afgevaardigd bestuurder, gerechtigd is om de offerte rechtsgeldig te ondertekenen’. U lijkt er aan voorbij te gaan dat de bevoegdheden niet aan Harry Demey, afgevaardigd bestuurder, zijn toegekend maar wel aan Harry Demey, zonder verdere precisering.

Vervolgens blijkt geenszins uit de geciteerde bepaling dat het ‘maken’ van een offerte ook de ondertekening ervan zou impliceren. Meer nog, de raad van bestuur van het toenmalige Bates Belgium NV lijkt het ondertekenen van offertes zelfs wetens en willens te hebben uitgesloten. Dit omdat de bijzondere bevoegdheden onder, bijvoorbeeld, punt 1 en punt 3 uitdrukkelijk aangeven welke documenten Harry Demey mag ondertekenen (‘signer’), te weten de documenten die kaderen binnen het dagelijks bestuur en ontvangstbevestigingen van aangetekende zendingen en pakjes.

Door het woord ‘ondertekenen’ niet op te nemen in de zesde bevoegdheid dewelke handelt over ‘offertes’ terwijl dit woord uitdrukkelijk wel voorkomt bij andere bevoegdheden kan uw stelling niet worden gevolgd als zou die bijzondere volmacht voldoende zijn om *in casu* tot de rechtsgeldige ondertekening van de offerte te besluiten.

In elk geval toont u niet aan dat (i) in de offerte of (ii) in de correspondentie die na het indienen van de offerte is gevoerd, gegevens voorhanden zijn die de FSMA tot een ander besluit konden brengen.”

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,

bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' 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.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van:

- “- het KB van 15 juli 2011 ‘Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ [hierna: het koninklijk besluit Plaatsing], en in het bijzonder artikelen 51 en 95;
 - artikelen 4 en 5 van de Wet van 17 juni 2013 ‘Wet betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’;
 - de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen;
 - de beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel;
 - de kennelijke beoordelingsfout van de aanbestedende overheid.
- Het artikel is ook genomen uit de miskennis van:
- het wetboek van vennootschappen, en in het bijzonder artikel 522, §2;
 - de statuten van verzoekende partij;

- de aanstelling van de heer Harry Demey gepubliceerd in het Belgisch Staat[s]blad d.d. 26 maart 1999;
- de ratificatie van de benoeming van de heer Harry Demey d.d. 24 juni 2008;
- de herbenoeming van bestuurders d.d. 27 juli 2016.”

Samengevat voert de verzoekende partij aan dat haar offerte is ondertekenend door Harry Demey in zijn hoedanigheid van afgevaardigd bestuurder, dat Harry Demey door de raad van bestuur werd aangesteld als afgevaardigd bestuurder vanaf 1 april 1999, dat zijn bevoegdheid als afgevaardigd bestuurder bestaat uit bevoegdheden die het dagelijks bestuur betreffen maar ook uit bijzondere bevoegdheden die door de raad van bestuur zijn toegekend, hetgeen blijkt uit de publicatie in de bijlage tot het Belgisch Staatsblad van 6 mei 1999, waarin de verschillende bijzondere bevoegdheden worden opgesomd.

De verzoekende partij vervolgt dat op grond van de samenlezing van de punten 6 en 13 van de beslissing van de raad van bestuur van 26 maart 1999 Harry Demey als afgevaardigd bestuurder beschikt over bijzondere bevoegdheden, waaronder een handtekeningsbevoegdheid. Harry Demey handelde dus niet in zijn hoedanigheid van gewone bestuurder, maar in zijn bijzondere hoedanigheid van afgevaardigd bestuurder op grond van een handtekeningsbevoegdheid.

De aanstelling van Harry Demey als afgevaardigd bestuurder steunt op artikel 522, § 2, van het Wetboek van Vennootschappen en de artikelen 20 c), en 21, laatste lid, van de gecoördineerde statuten van de verzoekende partij en is nog steeds geldig gelet op de ratificatie op 28 mei 2008 door de raad van bestuur van het mandaat van Harry Demey als afgevaardigd bestuurder. Het mandaat van afgevaardigd bestuurder en de bijzondere bevoegdheden van Harry Demey zijn op geen enkel ogenblik ingetrokken of stopgezet en worden tot op heden op continue en ononderbroken wijze uitgeoefend. Hetzelfde geldt voor het mandaat als bestuurder van Harry Demey.

De verwijzing naar de rechtspraak van uw Raad die de verwerende partij in haar beslissing om de offerte van de verzoekende partij te weren maakt, gaat volgens de verzoekende partij niet op “omdat de feitelijkeheden in dit geval niet de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de afgevaardigd

bestuurder binnen de grenzen van het dagelijks bestuur betreffen, maar betrekking hebben op de bijzondere vertegenwoordigingsbevoegdheid van een afgevaardigd bestuurder op grond van de artikelen 20 c), en 21 van de statuten en de punten 6 en 13 van de beslissing van de Raad van Bestuur d.d. 26 maart 1999”.

De verzoekende partij besluit dat Harry Demey rechtsgeldig en “binnen de hem toegekende bijzondere bevoegdheden” de offerte mocht ondertekenen.

Beoordeling

5.2. Artikel 51, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit Plaatsing waarvan de schending wordt ingeroepen, bepaalt dat “de offerte wordt ondertekend door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden”. Artikel 51 van het genoemde koninklijk besluit is van toepassing op alle gunningsprocedures behoudens de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking en is dus te dezen toepasselijk.

5.3. Artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing betreft de verplichting van de aanbestedende overheid om de regelmatigheid na te gaan van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Zij dient daartoe de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak, te onderzoeken. Krachtens paragraaf 2 van datzelfde artikel is een offerte op formeel vlak 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 zonet genoemde artikelen of van de opdrachtdocumenten, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid. Krachtens artikel 95, § 4, van het koninklijk besluit Plaatsing is een substantieel onregelmatige offerte 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.

Artikel 95 maakt deel uit van hoofdstuk 6 (“Gunning bij aanbesteding en offerteaanvraag”) van het koninklijk besluit Plaatsing en is als dusdanig niet van toepassing op een onderhandelingsprocedure zoals te dezen.

Het middel is in zoverre niet ontvankelijk.

5.4. Met de verwerende partij wordt voorts vastgesteld dat de verzoekende partij niet concreet uiteenzet op welke wijze de bestreden beslissing de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, schendt.

Het middel is in zoverre evenmin ontvankelijk.

5.5. De onderhandelingsprocedure wordt gekenmerkt door een zekere mate van flexibiliteit. Ze is echter niet onbeperkt en wordt in elk geval begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en door de regels die de aanbestedende overheid in haar bestek heeft bepaald. Het feit dat artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing niet van toepassing is, betekent niet dat inschrijvers niet aan de verplichting zouden moeten voldoen om een offerte in te dienen overeenkomstig de bepalingen van het toepasselijk bestek.

Indien het bestek een onregelmatigheid niet zelf als substantieel aanmerkt, in het bijzonder in het kader van een onderhandelingsprocedure, komt het de aanbestedende overheid toe om te oordelen, rekening houdend met onder meer het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, of de offerte, behept met een onregelmatigheid, om die reden al dan niet wordt geweerd.

Dit geldt ook voor een formele onregelmatigheid. De voorgeschreven formaliteit moet essentieel zijn wat ook kan voortvloeien uit de aard van de formaliteit zelf zoals de ondertekening van de offerte aangezien het via de ondertekening is dat de inschrijver zich verbindt.

Door middel van de ondertekening komt immers de ondubbelzinnige verbintenis vast te staan van de inschrijver ten aanzien van de aanbestedende overheid. Is er geen handtekening dan is de aanbestedende overheid niet zeker of de inschrijver zich in kwestie wel verbonden heeft en of bijgevolg de opdracht wel zal worden uitgevoerd.

In dat licht en in het licht van het te dezen toepasselijk artikel 51 van het koninklijk besluit Plaatsing, lijkt in deze stand van het geding te mogen worden aangenomen dat de ondertekening van een offerte ook in een onderhandelingsprocedure een substantiële formaliteit is waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft. Dit geldt des te meer wanneer zoals te dezen, het toepasselijke bestek verwijst naar een handtekening van de offerte.

5.6. De partijen zijn het er over eens dat de offerte is ondertekend door Harry Demey, in zijn hoedanigheid van afgevaardigd bestuurder.

De verzoekende partij lijkt als dusdanig ook niet te betwisten dat het ondertekenen van een offertes, in het kader van een overheidsopdracht, niet kan worden beschouwd als een daad van dagelijks bestuur.

Zij steunt in haar verzoekschrift immers op de bijzondere vertegenwoordigingsbevoegdheid van een afgevaardigd bestuurder op grond van de artikelen 20 c), en 21 van de statuten en de punten 6 en 13 van de beslissing van de raad van bestuur van 26 maart 1999.

5.7. Artikel 20 c), van de gecoördineerde statuten van de verzoekende partij bepaalt wat volgt:

“bevoegdheidsdelegatie

De Raad van bestuur, net als degenen aan wie het dagelijks bestuur wordt opgedragen, kunnen eveneens in het kader van dit bestuur bijzondere en bepaalde machten delegeren aan één of meerdere personen, naar hun keuze. De gevolmachtigden verbinden de vennootschap binnen de perken van de hen verleende volmacht, onverminderd de verantwoordelijkheid van de lastgever ingeval van overdreven volmacht.”

Artikel 21 van de gecoördineerde statuten van de verzoekende partij bepaalt wat volgt:

“[...]

Bovendien is de vennootschap op geldige wijze vertegenwoordigd door speciale lasthebbers binnen de grenzen van hun opdracht.”

Op 26 maart 1999 beslist de raad van bestuur van de verzoekende partij (voorheen de nv Bates Belgium) onder meer om Harry Demey te benoemen tot afgevaardigd bestuurder met ingang van 1 april 1999, en om Harry Demey te machtigen om onder meer alle prijsoffertes uit te brengen en te aanvaarden, alle contracten te sluiten en alle bestellingen voor de aankoop en verkoop van alle materiaal, uitrusting, en andere investeringsgoederen en alle diensten en leveringen te plaatsen en te aanvaarden (punt 6), en alle documenten op te maken en te ondertekenen die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van deze bevoegdheden (punt 13) (bijlage tot het Belgisch Staatsblad van 6 mei 1999).

5.8. De vraag die te dezen rijst, is of de aanbestedende overheid onzorgvuldigheid kan worden verweten door geen rekening te houden met de bijzondere vertegenwoordigingsbevoegdheid van Harry Demey.

In dit verband mag erop worden gewezen dat op grond van artikel 62 van het Wetboek van Vennootschappen, in alle akten die een vennootschap verbinden, zoals een offerte, onmiddellijk voor of na de handtekening van de persoon die de vennootschap vertegenwoordigt, moet worden vermeld in welke hoedanigheid hij optreedt.

Op het offerteformulier van de verzoekende partij wordt nergens verwezen naar de ingeroepen bijzondere vertegenwoordigingsbevoegdheid van Harry Demey.

Voor het eerst en na te zijn geconfronteerd met een voor haar nadelige beslissing, beroept de verzoekende partij zich op de bijzondere bevoegdheden die door de raad van bestuur op 26 maart 1999 zouden zijn

toegekend aan Harry Demey als natuurlijk persoon, namelijk het hiervoor aangehaalde punt 6 ervan, en op artikel 20 c), van de gecoördineerde statuten dat handelt over bevoegdheidsdelegatie. In haar verzoekschrift verfijnt zij een en ander nog door bedoeld punt 6 aan te vullen met het hiervoor aangehaalde punt 13, om te besluiten dat de afgevaardigd bestuurder beschikt over de bevoegdheid om offertes, zoals *in casu* te ondertekenen.

In de mate dat de verzoekende partij lijkt aan te geven dat de verwerende partij zelf tot deze conclusie had moeten komen, lijkt zij niet te kunnen worden bijgevalen. Het staat in de eerste plaats aan de inschrijver om zijn offerte zorgvuldig op te stellen en daarbij te voldoen aan de vereiste formaliteiten zoals de correcte vermelding van de hoedanigheid waarin de offerte is ondertekend door een natuurlijk persoon die optreedt voor een rechtspersoon en de nodige verheldering te brengen indien daarom wordt verzocht door de verwerende partij. Uit de feitelijke voorgaanden lijkt te volgen dat de verzoekende partij zelf te kort is geschoten in die zorgvuldigheidsplicht en het verschil tussen de organieke vertegenwoordiging en de gemeenrechtelijke lastgeving heeft veronachtzaamd.

Zonder dat moet worden onderzocht of de bijzondere volmachten waarop de verzoekende partij zich thans beroept, wel de draagwijdte hebben die zij eraan geeft, lijkt het de verwerende partij in de gegeven omstandigheden dan ook niet te mogen worden verweten dat zij enkel onderzoek heeft gevoerd naar de statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid van Harry Demey in diens hoedanigheid van afgevaardigd bestuurder, zonder bijkomend onderzoek te voeren naar de gebeurlijke bevoegdheid van de heer Harry Demey om als bijzondere lasthebber de offerte te ondertekenen.

In de huidige stand van het geding blijkt dan ook niet dat de verwerende partij ten onrechte heeft geoordeeld dat de offerte van de verzoekende partij niet rechtsgeldig is ondertekend en dat zij ten onrechte de offerte daarom als onregelmatig heeft geweerd.

5.9. Het enig middel is niet ernstig.

VI. Besluit en kosten

6.1. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

6.2. Artikel 30/1, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt dat de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding kan toekennen, “die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij”.

De verwerende partij is niet bijgestaan en vertegenwoordigd door een advocaat. Op haar vraag tot het toekennen van een rechtsplegingsvergoeding kan derhalve niet worden ingegaan.

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.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 november 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin