

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.328 van 14 april 2021
in de zaak A. 233.218/XII-9052**

In zake: de VZW MAATWERKBEDRIJF SPOOR2
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Burssens
kantoor houdend te 9052 Gent
Bollebergen 2 A/20
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Financiën
die woonplaats kiest bij
de Centrale Rechtskundige Dienst van de FOD Financiën
gevestigd te 1030 Brussel
North Galaxy – Toren B
Koning Albert II-laan 33 bus 15

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 maart 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de aanbestedende overheid, zijnde de Belgische Staat vertegenwoordigd door de minister van Financiën (FOD Financiën - Stafdienst Begroting en Beheerscontrole, Afdeling Aankopen) dd. 04.03.2021, waarbij werd beslist dat de ingediende offerte van VZW Maatwerkbedrijf Spoor 2 in het kader van de ‘Openbare procedure voor het onderhoud van de groenzones aan verschillende gebouwen gelegen in het Vlaams, Waals en Brussels-Hoofdstedelijk Gewest’ niet rechtmatig ondertekend werd en dus ook impliciet beslist werd om de opdracht niet te gunnen aan [de vzw Maatwerkbedrijf Spoor 2]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 april 2021 om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hanne Bogaert, die *loco* advocaat Frank Burssens verschijnt voor de verzoekende partij en attaché Selim Dedeli, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest andersluidend 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 het onderhoud van de groenzones aan diverse gebouwen gelegen in het Vlaamse, Waalse en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

De opdracht is opgesplitst in 16 percelen.

3.2. De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 mei 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 28 mei 2020.

De opdracht wordt gegund met een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

3.3. Het bestek met referte S&L/DA/2020/035 is van toepassing.

Onder punt C.1.2. “Ondertekening van de offertes” bepaalt het bestek:

“De gekwalificeerde elektronische handtekening(en) moet(en) uitgaan van de perso(o)n(en) die bevoegd of gemachtigd is (zijn) om de inschrijver(s) te verbinden.

[...]

In het kader van de machtiging om een vennootschap te verbinden, vestigt de aanbestedende overheid de aandacht van de inschrijver op het feit dat de ondertekening van een offerte voor een overheidsopdracht niet als een handeling van dagelijks bestuur kan worden beschouwd.”

3.4. De opening der offertes vindt plaats op 7 juli 2020.

De verzoekende partij dient een offerte in voor de percelen 5 en 6. Voor die percelen dient ook de nv Krinkels Greencare een offerte in.

3.5. Voor de beide percelen 5 en 6 worden “evaluatieverslagen” opgesteld op 22 januari 2021. Daarin wordt voor de offerte van de verzoekende partij telkens vastgesteld dat deze niet rechtmatig is ondertekend.

Voorgesteld wordt de percelen 5 en 6 te gunnen aan de nv Krinkels Greencare.

3.6. Bij afzonderlijke en niet gedateerde beslissingen gunt de Minister van Financiën onder verwijzing naar de voormelde evaluatieverslagen de percelen 5 en 6 aan de nv Krinkels Greencare.

3.7. Per aangetekend schrijven gedateerd 4 maart 2021 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte voor de percelen 5 en 6 onregelmatig is. De kennisgeving bevat de redengeving zoals ze in de evaluatieverslagen is vermeld.

De daarin vervatte onregelmatigverklaring wordt in het inleidend verzoekschrift bestreden, evenals de impliciete beslissing om de betrokken percelen niet aan de verzoekende partij te gunnen.

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van de vordering

4. De verzoekende partij beperkt het voorwerp van haar vordering in het inleidend verzoekschrift tot de onregelmatigverklaring van haar offerte en de impliciete beslissing om de betrokken percelen niet aan haar te gunnen. Het lijkt niet dat haar een kennisgeving werd betekend van de gunning van de betrokken percelen. Het moet worden aangenomen dat in het voorwerp van haar vordering ook die gunningsbeslissingen zijn begrepen, nu zij in elk geval ook de impliciete beslissing bestrijdt om niet aan haar te gunnen.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij betwist, met uitvoerige verwijzingen naar het rechtspersonenrecht, het belang van de verzoekende partij bij de vordering, omdat bij een eventuele schorsing een nieuw onderzoek van de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij steeds tot gevolg zal hebben dat deze substantieel onregelmatig wordt bevonden.

De beoordeling van deze exceptie lijkt samen te vallen met de beoordeling van het middel.

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, 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 beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

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

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

VII. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van de artikelen 44 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) en artikel 13 van de wet van 27 juni 1921 ‘betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen’ (hierna: VZW-wet).

De grieven die deze schending moeten aantonen worden uiteengezet in een uitvoerig betoog, waarin onder meer de volgende items uit het rechtspersonenrecht aan bod komen:

- de delegatie van de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid
- de kwalitatieve beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, waarbij nader wordt uiteengezet dat

- o de beperking niet tegenwerpelijk is aan de verwerende partij en
- o het inschrijven op een openbare aanbesteding niet mag worden gekwalificeerd als een “uitgave”
- de hoedanigheid van “algemeen directeur”.

In essentie en in concreto betoogt en concludeert de verzoekende partij dat met toepassing van artikel 13.6. van haar statuten, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 24 juli 2019, de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid mocht zijn gedelegeerd aan de algemeen directeur, ondertekenaar van de offerte, met de volmacht gegeven door de raad van bestuur op 27 augustus 2013, beslissing bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 17 september 2013 en bij haar offerte gevoegd.

De betrokken statutaire bepaling blijft immers volgens de verzoekende partij rechtsgeldig hoewel nog gesteund op de VZW-wet aangezien de nieuwe bepaling van artikel 9:7. van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019 (hierna: WVV), op grond waarvan slechts aan bestuurders - hetgeen de algemeen directeur niet is - de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid mag worden gegeven, en die toepasselijk is op de verenigingen zonder winstoogmerk, niet van dwingend maar van aanvullend recht zou zijn.

De verzoekende partij voegt daaraan nog toe dat kwalitatieve beperkingen aan de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid niet tegenwerpelijk zijn aan derden en dus niet aan de verwerende partij. Aldus heeft deze ten onrechte rekening gehouden met de beperking voor uitgaven van meer dan 5000 euro, en dit nog afgezien van het feit dat het “inschrijven op een openbare aanbesteding” volgens de verzoekende partij niet mag worden gekwalificeerd als een “uitgave”.

8. In de nota gaat zowel in de voormelde exceptie van gebrek aan belang als in het verweer op het middel de verwerende partij op haar beurt uitvoerig in op de voornoemde algemene problematieken van het

rechtspersonenrecht aangevoerd in het middel, alsook op de werking in de tijd van het nieuwe WVV en het dwingend karakter van sommige bepalingen van die wet.

De verwerende partij betoogt aldus onder meer dat de statutaire bepaling van de verzoekende partij zoals gepubliceerd in de bijlage bij het Belgisch Staatsblad van 24 juli 2019, waarin nog in de mogelijke overdracht wordt voorzien van de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid aan een niet-bestuurder zoals te dezen de algemeen directeur, niet langer rechtsgeldig is ingevolge het nieuwe artikel 9:7. van het WVV, dat volgens de verwerende partij van dwingend recht is.

Beoordeling

9. Krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is een offerte substantieel onregelmatig onder meer bij de niet-naleving van de vereisten bedoeld in artikel 44 van dit besluit. Het laatstgenoemde artikel bepaalt onder meer dat handtekeningen worden “afgeleverd door de perso(o)n(en) die bevoegd of gemachtigd is/zijn om de inschrijver te verbinden”.

10. De offerte van de verzoekende partij is ondertekend door Aart Lehembre in de hoedanigheid van “algemeen directeur”. De verzoekende partij betwist niet dat Aart Lehembre niet tevens de hoedanigheid van bestuurder heeft.

In de beide voormelde evaluatieverslagen wordt betreffende de offerte van de verzoekende partij vastgesteld onder punt 3.2 “Onderzoek van de regelmatigheid van de offertes”:

“Overeenkomstig artikel 76 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren werd de offerte van de inschrijver onderzocht vanuit het oogpunt van hun regelmatigheid.

3.2.1) Handtekening

De aanbestedende overheid heeft de naleving gecontroleerd van artikel 44, §1 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, met name of de offertes van

de firma's [...] MWB Spoor2 vzw werden ondertekend door personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden.

[...]

c) MWB Spoor2 vzw

Gelet dat voor de firma MWB Spoor2 vzw de heer Aart Lehembre het indieningsrapport elektronisch heeft ondertekend;

Gelet op de bijlage bij het Belgisch Staatsblad van 17.09.2013 (referentie 13141876) toegevoegd bij de offerte waaruit blijkt dat de Raad van Bestuur instemt om Aart Lehembre volmacht voor de bank te geven, evenals tekenbevoegdheid.

Het bedrag waarvoor de voorzitter mee moet tekenen bij uitgaven wordt bijgesteld naar 5.000 €.

Gelet op de bijlage bij het Belgisch Staatsblad van 11.07.2019 (referentie 19100032) 'nieuwe statuten' met name artikel 13.5. dat bepaalt dat .../. Van zodra het gaat over contractuele verbintenissen van meer dan 5.000 euro, de vereniging enkel verbonden kan worden door de handtekening van de Voorzitter of een door hem gemandateerde bestuurder samen met die van de Algemeen Directeur ./..

Gelet op de totale waarde van de offerte voor de 2 percelen waarvoor de firma MWB Spoor2 vzw de waarde van 5.000 euro overschrijdt.

Gelet op het feit dat de offerte enkel getekend is door Aart Lehembre in de hoedanigheid van Algemeen Directeur.

Heeft de aanbestedende overheid geoordeeld dat het indieningsrapport van de firma MWB Spoor2 vzw niet rechtmatig ondertekend is."

Bij aangetekend schrijven gedateerd 4 maart 2021 wordt betreffende de loten 5 en 6 waarvoor zij een offerte indiende aan de verzoekende partij medegedeeld "dat de aanbestedende overheid heeft beslist dat [haar] offerte onregelmatig is" en worden eveneens de hierboven aangehaalde vaststellingen, die daaromtrent in de evaluatieverslagen zijn vervat, meegegeven.

In twee beslissingen van de Minister van Financiën - in het administratief dossier als niet getekende stukken neergelegd onder dezelfde besteksreferentie S&L/DA/2020/035 - wordt wat de onregelmatigheid van de

offerte van de verzoekende partij betreft naar de voormelde evaluatieverslagen verwezen en worden de percelen 5 en 6 gegund aan de nv Krinkels Greencare.

11. De standpunten en de uitvoerige argumentaties van de partijen lijken op het eerste gezicht de Raad van State te nopen tot een onderzoek van diverse vraagstukken van rechtspersonenrecht teneinde uit te maken of in het licht van het nieuwe WVV de betrokken algemeen directeur nog de bevoegdheid had de offerte van de verzoekende partij te ondertekenen.

Een dergelijk onderzoek lijkt op zichzelf al de perken van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te buiten te gaan. Die vaststelling geldt des te meer nu het te dezen geen geding rond economisch recht maar in de materie van de overheidsopdrachten betreft.

Het is echter de vraag of zulk onderzoek te dezen wel noodzakelijk is om tot een uitspraak over de vordering te komen. De bestreden onregelmatigverklaring van de ondertekening lijkt immers te steunen op twee specifieke rechtsgronden waarvan het onderzoek zoals hierna zal blijken tot een conclusie leidt die niet noodzaakt tot het voormelde breed onderzoek.

In de eerste plaats wordt in de motivering van de onregelmatigverklaring verwezen naar de volmacht door de raad van bestuur van 27 augustus 2013, die luidt:

“3. Volmachten/tekenbevoegdheid

De Raad stemt in om Aart Lehembre volmachten voor de bank te geven, evenals geeft de Raad tekenbevoegdheid aan hem.

Het bedrag waarvoor de voorzitter mee moet tekenen bij uitgaven wordt bijgesteld naar 5.000 €.

De Raad stemt in met het voorstel om voortaan slechts 2 bestuursleden i.p.v. 11 te laten tekenen voor volmachten bij de bank.”

Vervolgens wordt in die motivering verwezen naar een bepaling uit de statuten van de verzoekende partij, aangenomen op 29 januari 2019 en in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt op 24 juli 2019, luidend:

“13.5. De bevoegdheid (inclusief de handtekenbevoegdheid) om daden van dagelijks bestuur te stellen wordt door de Raad van Bestuur overgedragen aan het Dagelijks Bestuur en tevens aan de Algemeen Directeur die daarbij elk de vereniging kunnen verbinden door respectievelijk de handtekening van de Voorzitter van de vereniging of een door hem gemandateerde bestuurder en die van de Algemeen Directeur. Van zodra het gaat over contractuele verbintenissen van meer dan 5.000,00 euro kan de vereniging enkel verbonden worden door de handtekening van de Voorzitter of een door hem gemandateerde bestuurder samen met die van de Algemeen Directeur.”

Als conclusie na die beide verwijzingen wordt in die evaluatieverslagen vastgesteld “Gelet op de totale waarde van de offerte voor de 2 percelen waarvoor de firma MWB Spoor2 vzw de waarde van 5.000 euro overschrijdt” en wordt besloten tot de onregelmatigheid van de ondertekening.

Aldus lijkt de ondertekening als niet geldig te zijn beschouwd enkel wegens het overschrijden van de beperking tot 5000 euro, zowel vervat in de volmacht als in artikel 13.5. van de statuten.

Wat de betrokken volmacht betreft, is daarbij niet onderzocht of deze nog geldig kon zijn gelet op het bestaan van het nieuwe WVV dat in zijn artikel 9:7. een dergelijke volmacht aan een niet-bestuurder niet meer toestaat wat tevens vragen naar de inwerkingtreding in de tijd en het dwingend karakter van die bepaling impliceert.

Wat dan de statutaire bepaling 13.5. betreft, moet worden vastgesteld dat deze bepaling enkel daden van dagelijks bestuur lijkt te betreffen. Hierbij is dan niet onderzocht of de ondertekening van een overheidsopdracht in het algemeen of te dezen mocht worden beschouwd als een daad van dagelijks bestuur. Dit is zelfs een vraag die recent voor een nieuwe benadering vatbaar is geworden. Artikel 7:121. van het WVV bevat immers een definitie van het begrip “dagelijks bestuur”, die niet volledig eenduidig is met deze ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Cassatie van vóór deze wet (zie hieromtrent uitvoeriger de vaststellingen van de Raad van State in zijn arrest nr. 249.726 van 5 februari 2021 inzake nv Stadsbader).

Dit euvel van niet-onderzoek klemmt te dezen des te meer, nu het bestek zoals hiervoor aangehaald uitdrukkelijk de aandacht van de inschrijver erop vestigt “dat de ondertekening van een offerte voor een overheidsopdracht niet als een handeling van dagelijks bestuur kan worden beschouwd”. De verwerende partij lijkt zich dan ook niet zomaar te hebben mogen steunen op een statutaire bepaling die enkel het dagelijks bestuur betreft.

De discussies tussen partijen in huidig geding lijken echter in de eerste plaats over de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid te gaan, los van de context van het dagelijks bestuur. De betrokken algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid lijkt het voorwerp te zijn van de volgende bepaling in de statuten van de verzoekende partij en deze is nu juist niet vermeld in de betrokken motivering maar overigens evenzeer voor betwisting rond haar geldigheid vatbaar; deze bepaling luidt:

“13.6. De bevoegdheid om de vereniging in en buiten rechte te vertegenwoordigen kan door de raad van bestuur bij eenvoudig besluit worden opgedragen aan één of meer personen, al dan niet bestuurder, die, desgevallend, gezamenlijk optreden. De bevoegdheid van de bovengenoemde perso(o)n(en) wordt precies afgebakend door de Raad van Bestuur, die eveneens de duur van het mandaat bepaalt. Het mandaat kan ten alle tijde met onmiddellijk ingang door de Raad van Bestuur worden ingetrokken.”

Van een aanbestedende overheid mag worden verwacht dat zij bij het nemen van de belangrijke beslissing om een inschrijver te weren wegens onregelmatige vertegenwoordiging, alle toepasselijke rechtsregelingen en statutaire bepalingen zorgvuldig onderzoekt en toepast, temeer omdat de verwerende partij te dezen een belangrijk bestuur is met aanzienlijke juridische diensten. Ter terechtzitting verklaart de afgevaardigde van de verwerende partij wel dat de juridische dienst niet tussenkwam in de bestreden motivering van de onregelmatigverklaring en zelf nog geen decisief algemeen standpunt heeft betreffende de dwingendheid van het kwestieuze artikel 9:7. en het verweer dat op die interpretatie steunt enkel onderhavig geding betreft. Dat in het auditorsadvies reeds wordt meegegaan in dit standpunt lijkt dus gelet op de voorgaande vaststellingen te voorbarig nu de bestreden beslissingen juist niet

lijken te steunen op de toepassing van de nieuwe regels inzake de overdracht van de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Gelet op de hiervoor *prima facie* vastgestelde gebrekkigheid van de motieven die in de bestreden beslissingen vervat is en die impliceert dat geen correcte toepassing is gemaakt van de geschonden geachte artikelen 44 en 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, lijkt de verwerende partij te moeten worden verplicht tot een nieuw onderzoek van die bevoegdheid. In zoverre is het middel ernstig en de gevraagde schorsing, die tot dat onderzoek kan bijdragen, gewettigd.

VIII. De impliciete weigeringsbeslissing

12. De verzoekende partij vordert tevens de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing om de percelen 5 en 6 van de opdracht aan haar te gunnen.

De verzoekende partij laat evenwel na om in haar verzoekschrift aannemelijk te maken dat er uitzonderlijke omstandigheden voorhanden zijn die rechtvaardigen dat de Raad van State te dezen gebruik zou moeten maken van de bijzondere jurisprudentiële techniek waarbij een impliciete weigering zou worden nietigverklaard wat dan tevens de schorsing van de tenuitvoerlegging van die impliciete weigering met zich zou kunnen meebrengen.

Het ernstig bevinden van het enig middel leidt er in elk geval niet toe dat vast zou komen te staan dat de verwerende partij niet anders mag dan de betrokken percelen van de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. De Raad van State mag immers niet vooruitlopen op de invloed die een herbeoordeling van de kwestieuze ondertekening zou hebben op de uitkomst van de gunningsprocedure.

De vordering is bijgevolg niet ontvankelijk voor zover ze is gericht tegen de impliciete beslissing om de betrokken percelen 5 en 6 van de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen.

IX. Besluit en kosten

13. Het enig middel is in de besproken mate ernstig en rechtvaardigt dan ook de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen.

14. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissingen van de Minister van Financiën van onbekende datum onder besteksreferentie S&L/DA/2020/035 waarbij werd beslist dat de ingediende offerte van de vzw Maatwerkbedrijf Spoor 2, in het kader van de ‘Openbare procedure voor het onderhoud van de groenzones aan verschillende gebouwen gelegen in het Vlaams, Waals en Brussels-Hoofdstedelijk Gewest’ voor de percelen 5 en 6 niet rechtmatig ondertekend werd en waarbij deze percelen werden gegund aan de nv Krinkels Greencare.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien april tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIle kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,
bijgestaan door

Tiny Temmerman,

De griffier

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Tiny Temmerman

Dierk Verbiest