RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 229.829 van 16 januari 2015
in de zaak A. 210.727/XII-7502

In zake: de BVBA OFFICE DEPOT INTERNATIONAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster
kantoor houdend te 2980 Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP,
Agentschap voor Facilitair Management
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BVBA STAPLES BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pascal Mallien
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 november 2013, strekt tot de nietigverklaring van "de toewijzingsbeslissing van de Vlaamse Overheid, Agentschap voor Facilitair Management […] betreffende het leveren van kantoorbenodigdheden op afroep, bestek 2013/AFM/OO/22412 dd. 31 oktober 2013".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 225.859 van 17 december 2013 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 26 februari 2014. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 november 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dorien Briers, die loco advocaat Dirk De Keuster verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Pascal Mallien, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. In het hiervoor vermeld arrest nr. 225.859 van 17 december 2013 werden de feiten als volgt weergegeven:

> "3.1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag voor leveringen uit met als voorwerp het leveren van kantoorbenodigdheden op afroep. De aankondiging betreft een raamovereenkomst met één onderneming met een looptijd van drie jaar.
>
> 3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 mei 2013 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 31 mei 2013.
>
> 3.3. Voor het indienen van de offertes is het gebruik van elektronische middelen verplicht gesteld. De offertes dienen elektronisch te worden overgelegd via de e-tendering applicatie.
>
> 3.4. In het toepasselijke bestek met referentie 2013/AFM/OO/22412 is betreffende de bij de offerte te voegen documenten het volgende bepaald:
> 'Voor de beoordeling van de offerte moeten volgende bescheiden, stalen en attesten bij de offerte gevoegd worden:
> 1. De documenten die de handtekenbevoegdheid van de ondertekenaar(s) van de offerte staven (=Stuk 1)
> […]'.
>
> Tevens bepaalt het bestek dat de persoon die de offerte elektronisch ondertekent hiervoor gemachtigd moet zijn door de statuten of een volmacht.
>
> 3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 9 juli 2013. Er worden drie offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en van de bvba Staples Belgium.
> Bij het formeel nazicht van de offertes in het aanbestedingsverslag wordt vastgesteld dat de offerte voor de verzoekende partij elektronisch werd ondertekend door V.V.B., maar dat de handtekeningsbevoegdheid voor de verzoekende partij niet bij deze persoon ligt maar bij F.B.
>
> 3.6. Bij e-mail van 30 september 2013 en bij brief van 1 oktober 2013 laat de verwerende partij aan de verzoekende partij weten dat uit de stukken bij de offerte niet kan worden afgeleid of daarbij de "laatste versie van de

gecoördineerde statuten" werd gevoegd. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij bevestigt dat zij de "laatste gecoördineerde versie" van haar statuten heeft gevoegd bij de offerte of om die laatste versie aan de verwerende partij te bezorgen.

3.7. Bij e-mail van 9 oktober 2013 laat de verzoekende partij weten dat het bij de offerte gevoegde uittreksel van het Belgisch Staatsblad de laatste versie is. Bovendien bezorgt zij de verwerende partij een niet-gedagtekende volmacht met volgende inhoud:
'Hierbij geef ik ondergetekende, [F.B.], kantoorhoudende te […] Nederland, zaakvoerder van de firma Office Depot International bvba, statutair gevestigd te 2870 Puurs en kantoorhoudende aan […],
Een éénmalige volmacht aan mevrouw [V.V.B.], Tender Specialist bij Office Depot International bvba kantoorhoudende aan […] 2870 Puurs, die aanvaardt,
De bvba Office Depot International, met zetel te 2870 Puurs […] op 9 juli 2013 te vertegenwoordigen ten aanzien van het ondertekenen van de elektronische offerte aangaande de opdracht 2013/AFM/OO/22412 van de Vlaamse Overheid, Agentschap voor Facilitair Management – levering van kantoorbenodigdheden op afroep.
De uitoefening van deze éénmalige volmacht zal geschieden in overeenstemming met de geldende interne procuratieregels, zoals deze ook zijn neergelegd in de 'Delegation of Authority Policy' laatst geldende versie.'

3.8. In het gunningsverslag van 18 oktober 2013 wordt vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij formeel onregelmatig is wegens het ontbreken van de elektronische handtekening van een persoon die de inschrijver rechtsgeldig mag verbinden. Zulks wordt gemotiveerd als volgt:
'Offerteformulier ingevuld en elektronisch ondertekend: De offerte is elektronisch ondertekend door mevrouw [V.V.B.]
De documenten die de handtekenbevoegdheid van de ondertekenaar(s) van de offerte staven (=Stuk 1): niet bijgevoegd. Uit de bijgevoegde stukken kan niet besloten worden dat mevrouw [V.V.B.] de onderneming rechtsgeldig kan verbinden. Teneinde de handtekeningsbevoegdheid van mevrouw [V.V.B.] na te gaan werd schriftelijk aan de inschrijver gevraagd de laatste versie van de gecoördineerde statuten te bezorgen of te bevestigen dat deze laatste versie bij de offerte werden gevoegd. Als antwoord bezorgde de inschrijver een document 'eenmalige volmacht' waarbij een zaakvoerder een volmacht geeft aan mevrouw [V.V.B.] om op 9 juli 2013 de offertes elektronisch te ondertekenen. Dit volmachtdocument is na opening van offertes verstrekt en bezit geen vaste datum vastgesteld via een authentieke akte. Het bestaan van deze volmacht op het moment van de opening van de offertes kan hiermee niet vastgesteld worden. De rechtsgeldige ondertekening van de offertes is hiermee niet aangetoond: niet OK'.

In het gunningsverslag wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de 'nv Staples Belgium'.

3.9. Bij beslissing van 28 oktober 2013 van de administrateur-generaal van het agentschap voor Facilitair Management wordt de opdracht gegund aan 'Staples Belgium nv'. Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Bij een op 31 oktober 2013 ter post aangetekende brief wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing."

IV. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partij voert de schending aan van "artikel 1984, 1985 en 1998 B.W. en de artt. 90, § 1; 94, 110, § 2 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 alsmede het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur".

In het verzoekschrift geeft zij de volgende "samenvatting" van het middel:

> "De aanbestedende overheid heeft ten onrechte de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig afgewezen. Op grond van art. 1988 van het B.W. staat immers de verbintenis op het moment van het indienen van de offerte onbetwistbaar vast. De lastgever heeft immers de mondelinge lastgeving bekrachtigd en deze bekrachtiging heeft terugwerkende kracht.
> De verzoekende partij was bij het indienen van de offerte wel degelijk gebonden door haar offerte omwille van de verstrekte volmacht aangezien deze in elke geval een bekrachtiging inhoudt.
> De verwerende partij heeft ten onrechte geoordeeld dat het volmachtdocument een vaste datum zou moeten hebben door middel van een authentieke akte."

In de "uiteenzetting" van het middel verklaart de verzoekende partij dat zij zich ervan bewust is dat zij een ander standpunt inneemt dan de rechtsleer, die zij vermeldt, en zij geeft eveneens aan dat er in de rechtspraak van de Raad van State aanwijzingen te vinden zijn dat de Raad de rechtsleer bijvalt.

De verwerende partij gaat in de bestreden beslissing ervan uit dat de verbintenis niet vaststond op het moment van de indiening van de offerte omdat de eenmalige volmacht geen authentiek karakter heeft waaruit de vaste datum van ondertekening blijkt. Artikel 1998 van het Burgerlijk Wetboek kent echter aan de bekrachtiging van de lastgeving een terugwerkende kracht toe. Er wordt enkel een uitzondering gemaakt voor rechten van derden, maar te dezen worden geen rechten van derden benadeeld. Uit de verstrekte volmacht, zelfs indien deze na de indiening van de offerte zou zijn opgesteld, blijkt zonder enige onduidelijkheid dat de zaakvoerder een volmacht heeft verstrekt aan de persoon die de offerte elektronisch heeft ondertekend. De verstrekte volmacht bekrachtigt in elk geval de mondelinge lastgeving die bestond op het ogenblik van de indiening van de offerte. De datum waarop deze volmacht is verstrekt, is volstrekt irrelevant aangezien uit artikel 1988 van het Burgerlijk Wetboek rechtstreeks volgt dat deze volmacht retroactief werkt naar de datum van de indiening van de offerte.

De artikelen 1984, 1985 en 1998 van het Burgerlijk Wetboek betreffen wettelijke bepalingen die zich opdringen aan de aanbestedende overheid. Het betreft derhalve een gebonden bevoegdheid.

5. De verzoekende partij voegt daar in haar memorie van wederantwoord nog aan toe dat artikel 94 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ een reglementaire bepaling is die geen afbreuk kan doen aan een wettelijke bepaling. De terugwerkende kracht wordt bepaald door artikel 1998 van het Burgerlijk Wetboek, waardoor voormeld artikel 94 conform artikel 159 van de Grondwet niet mag worden toegepast. Dezelfde redenering geldt voor artikel 81*quater* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Het overheidsopdrachtenrecht betreft geen op zichzelf staand juridisch geheel, maar moet zich inpassen in het geheel van de bestaande wetgeving.

De verzoekende partij herhaalt dat de verwerende partij ten onrechte verwijst naar artikel 17 van haar statuten. Het is artikel 18 dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid ten aanzien van derden regelt.

Voorts blijft de verzoekende partij er bij dat indien een offerte werd ondertekend door de onbevoegde “tender specialist”, die achteraf wordt bekrachtigd door de zaakvoerder, de verbintenis van de vennootschap *ab initio* juridisch vaststaat. Er is dus wel degelijk een rechtsgeldige volmacht, zelfs indien die zonder datum is, want een datum is geen geldigheidsvereiste en de retroactieve werking ontneemt daarenboven elke noodzaak aan een datum. Dat V.V.B. de volmacht heeft aanvaard, blijkt uit haar handtekening bij de indiening van de offerte. Zij is bovendien een werknemer van de verzoekende partij die voorliggend beroep heeft ingeleid waardoor laatstgenoemde zich gebonden acht door haar offerte.

6. In haar laatste memorie herhaalt de verzoekende partij in de eerste plaats haar exceptie van onwettigheid ten aanzien van de artikelen 81*quater* en 94 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Het verbod om af te wijken van wettelijke bepalingen geldt ook voor wetsbepalingen die enkel van suppletief recht zijn. Bijgevolg staan de artikelen 1984, 1985 en 1998 van het Burgerlijk Wetboek wel degelijk in de weg dat voormeld artikel 94 de bevoegdheid verleent om een inschrijving als onregelmatig af te wijzen indien mag worden vastgesteld dat de ontbrekende volmacht inmiddels werd bekrachtigd. Er stelt zich geen probleem met de rechtszekerheid. De retroactieve werking zorgt immers voor de rechtszekerheid: de aanbestedende overheid is er zeker van dat een bindende offerte werd uitgebracht precies omwille van die retroactieve werking.

Beoordeling

7. Artikel 90, § 1, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 stelt dat de offerte onder meer dient te vermelden de naam, voornamen, de hoedanigheid of het beroep, de nationaliteit en woonplaats van de inschrijver of, indien het een vennootschap betreft, haar handelsnaam of benaming, rechtsvorm, nationaliteit en maatschappelijke zetel.

Artikel 110, § 2, van dit koninklijk besluit luidt:

> “Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.”

Artikel 94 van dit koninklijk besluit luidt:

> “De offerte die door gemachtigden wordt ingediend vermeldt duidelijk de volmachtgever of de volmachtgevers voor wie wordt gehandeld. De gemachtigden voegen bij hun offerte de authentieke of onderhandse akte waaruit hun bevoegdheid blijkt, of een gewaarmerkt afschrift van hun volmacht. Zij kunnen zich beperken tot verwijzing naar het nummer van de bijlage van het Belgisch Staatsblad waarin hun bevoegdheden zijn bekendgemaakt.
> Volmachtgevers kunnen, met het oog op latere opdrachten, de volmacht neerleggen die zij aan een of meer welbepaalde gemachtigden hebben gegeven. Deze volmacht geldt alleen voor de opdrachten van de aanbestedende overheid waarbij zij is neergelegd. De gemachtigde vermeldt bij iedere offerte de datum van neerlegging van die volmacht.
> De offerte die met een elektronische handtekening wordt ondertekend door middel van een certificaat op naam van een rechtspersoon die enkel een verbintenis aangaat in zijn naam en voor zijn eigen rekening, vereist geen bijkomende volmacht.”

8. De vereiste ondertekening van een offerte is een substantiële formaliteit, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft. Het gebrek aan ondertekening kan niet worden gedekt nu zulks onzekerheid met zich kan meebrengen betreffende de verbintenissen van de inschrijvers.

De elektronische procedure doet aan deze vaststelling geen afbreuk. Overeenkomstig artikel 81*quater*, § 1, 1°, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 moet de elektronische handtekening wel conform zijn “met de regels van het Europees en het daarmee overeenstemmende nationaal recht inzake de geavanceerde elektronische handtekening met een geldig gekwalificeerd certificaat, waarbij deze handtekening werd gerealiseerd via een veilig middel voor het aanmaken van een handtekening”.

9. Specifiek wat het bewijs van de volmacht betreft volgt uit de artikelen 94 en 110, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, samen genomen, 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.

10. De aankondiging en het bestek bepalen te dezen dat offertes enkel elektronisch mogen worden ingediend via de e-tendering website die de naleving waarborgt van artikel 81*quater*, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

In het bestek wordt voorts uitdrukkelijk bepaald dat de persoon die de offerte elektronisch ondertekent, hiervoor moet zijn gemachtigd in de statuten of een volmacht moet hebben.

De verzoekende partij heeft echter bij de indiening van haar offerte geen akte gevoegd waaruit blijkt dat V.V.B. was gemachtigd om de verzoekende partij te verbinden en dus de offerte elektronisch in te dienen. Integendeel, er wordt verwezen naar de volmacht gepubliceerd in de bijlage bij het Belgisch Staatsblad van 14 september 2011, waaruit blijkt dat F.B. werd benoemd tot zaakvoerder van categorie A. Niets is echter vermeld aangaande V.V.B.

Pas na de opening van de inschrijvingen, op 9 oktober 2013, maakt de verzoekende partij een “eenmalige volmacht” over van F.B. aan V.V.B. om hem “op 9 juli 2013 te vertegenwoordigen ten aanzien van het ondertekenen van de elektronische offerte aangaande de opdracht 2013/AFM/OO/22412 van de Vlaamse Overheid, Agentschap voor Facilitair Management – levering van kantoorbenodigdheden op afroep”.

In het gunningsverslag van 18 oktober 2013 wordt vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij formeel onregelmatig is wegens het ontbreken van een elektronische handtekening van een persoon die bevoegd is om de

vennootschap te verbinden. Het voormelde volmachtdocument dat op 9 oktober 2013 werd overgemaakt, wordt niet aanvaard omdat het na de opening van offertes werd verstrekt en "hiermee" bijgevolg "[niet] het bestaan van deze volmacht op het moment van de opening van de offertes […][kan] vastgesteld worden".

11. Een volmacht die *post factum* en buiten de termijn voor het indienen van de offertes is gegeven, kan niet worden aanvaard omdat er dan op het ogenblik van de indiening van de inschrijving geen enkele verbintenis van de inschrijver voorhanden was en de aanbestedende overheid op dat ogenblik daarover aldus geen enkele zekerheid had. Niettegenstaande een eventuele bekrachtiging nadien retroactieve werking zou hebben, kan de aanbestedende overheid zolang er geen dergelijke bekrachtiging voorligt, er niet zeker van zijn dat een bindende offerte werd uitgebracht.

De verzoekende partij meent dat dit standpunt niet correct is en ingaat tegen de wettelijke bepalingen inzake de lastgeving, zoals bepaald in de artikelen 1984 en volgende van het Burgerlijk Wetboek.

12. De stelling van de verzoekende partij dat "de bevoegdheid [die artikel 94 verleent] om een inschrijving als onregelmatig af te wijzen indien kan worden vastgesteld dat de ontbrekende volmacht inmiddels werd bekrachtigd" in strijd zou zijn met de wettelijke bepaling vervat in artikel 1998, tweede lid van het burgerlijk wetboek en op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing dient te worden gelaten, kan echter niet worden bijgevallen.

Lastgeving is, luidens artikel 1984 van het Burgerlijk Wetboek, een handeling waarbij een persoon aan een ander de macht geeft om iets voor de lastgever en in zijn naam te doen.

De lastgever is op grond van artikel 1998, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek gehouden de verbintenissen na te komen die de lasthebber overeenkomstig de hem verleende macht heeft aangegaan. Het tweede lid van voormeld artikel bepaalt voorts dat "de lastgever […] niet gehouden [is] tot hetgeen de lasthebber buiten de hem verleende macht heeft gedaan, behoudens indien de lastgever zulks uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigd heeft".

Uit voormeld artikel 1998, tweede lid, volgt enkel dat een bekrachtiging door de lastgever tot gevolg heeft dat deze gehouden is tot hetgeen de lasthebber aanvankelijk zonder volmacht heeft gedaan en dit met terugwerkende kracht tot op het ogenblik waarop de lasthebber is opgetreden. Daaruit kan evenwel niet worden afgeleid dat de wederpartij, een derde bij deze lastgeving, niet het recht zou hebben om de voorlegging van een volmacht te vereisen alvorens te handelen met een gevolmachtigde. Ook al heeft een eventuele bekrachtiging nadien terugwerkende kracht, dit neemt niet weg dat er totdat die bekrachtiging plaatsvindt er geen enkele zekerheid bestaat dat die ook zal volgen. De retroactieve werking verleent geen rechtszekerheid, doch is slechts een gevolg van een eventueel later volgende bekrachtiging.

De verzoekende partij toont geenszins aan de door haar geschonden geachte artikelen 1984, 1985 en 1998 van het Burgerlijk Wetboek aan een aanbestedende overheid het recht zouden ontnemen om, in het kader van een overheidsopdracht, te vereisen dat, indien een offerte door een gemachtigde wordt ingediend en ondertekend, deze bij de offerte de volmacht voegt waaruit blijkt dat hij werd gemachtigd door de persoon die bevoegd is om de vennootschap te verbinden. Artikel 94, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat voorschrijft dat een volmachtdocument wordt gevoegd bij een inschrijving door een gemachtigde, is dan ook niet in strijd met voormeld artikel 1998, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek.

13. Op het ogenblik van de inschrijving van de offertes lag geen enkel stuk voor waaruit blijkt dat V.V.B. dan reeds gemachtigd zou zijn geweest de bvba te vertegenwoordigen en de offerte elektronisch te ondertekenen.

Er moet dan ook worden geoordeeld dat de verwerende partij de in het middel ingeroepen bepalingen en het ingeroepen beginsel niet heeft geschonden door de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren wegens het ontbreken van de elektronische handtekening van een persoon die de inschrijver rechtsgeldig mag verbinden.

Het enige middel is ongegrond.

V. Kosten

14. De tussenkomende partij vraagt in haar memorie tot tussenkomst dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld "tot een maximale rechtsplegingsvergoeding, zowel ten gunste van de verwerende partij als de tussenkomende partij".

Ter terechtzitting doet de tussenkomende partij afstand van deze vraag.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 januari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Frank Bontinck **Dierk Verbiest**