

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 141.559 van 3 maart 2005
in de zaak A. 159.731/XII-4382.**

In zake : de NV I-21 BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaten W. Eyskens en V. Vanden Acker,
kantoor houdende te 1150 Brussel,
Tervurenlaan 268 A

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging.

tussenkommende partij :

de BVBA FACILICOM INTERNATIONAL,
die woonplaats kiest bij
advocaat I. Cooreman,
kantoor houdende te 1070 Brussel,
Ninoofsesteenweg 643.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV I-21 Belgium op 4 februari 2005 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van de Algemene Directie Material Resources, Divisie Overheidsopdrachten, Sectie CIS, ondersectie Programma's van verwerende partij van onbekende datum, meegedeeld aan verzoekende partij per fax d.d. 28 januari 2005 om de offerte van verzoekende partij van 4 november 2004 onregelmatig te verklaren en derhalve de percelen 1 en 5 van de opdracht voor de levering van HDPE buizen (ducts High Density Polyethylene) met bijhorende werken, niet aan verzoekende partij te gunnen (stuk 1)”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 10 februari 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 24 februari 2005, om 10.30 uur;

Gezien het ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift waarbij de BVBA Facilicom International vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat G. Van Thuyne, die verschijnt voor de verzoekende partij, van Majoor militair administrateur A. De Decker, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat I. Cooreman, die verschijnt voor de tussenkomen partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. De gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. De in het geding zijnde opdracht betreffende “de aankoop van HDPE buizen, ('ducts High Density Polyethylene') met bijhorende werken”, wordt beheerst door het bestek MRMP - C/P Nr. 4CP101.

Volgens punt 4 van het bestek wordt de opdracht gegund bij openbare aanbesteding. Het bestek bevat een aantal selectiecriteria en bepaalt onder gunningscriteria (punt 8) dat de opdracht wordt toegewezen aan “de laagst regelmatige offerte niet inbegrepen de eventuele maintenance overeenkomst subduct”.

De offerte moet worden ingediend uiterlijk op 5 november 2004 om 11 uur en bestaan uit “twee fysisch gescheiden luiken”, waarbij één exemplaar van elk luik de vermelding “origineel” zal dragen. Eensdeels is er een administratief en financieel luik, opgesteld in drie exemplaren conform besteksbijlage A waarbij

verplicht een exemplaar van het administratief en financieel “offerte” -lees “luik”- zonder prijzen moet worden ingediend, en anderdeels, een technisch luik, opgesteld in drie exemplaren conform besteksbijlage C en waarbij geen enkele prijs in dit luik mag worden vermeld.

1.2. De aankondiging van deze opdracht wordt op 17 september 2004 bekend gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en op 24 september 2004 in het Bulletin der Aanbestedingen.

Noch in het bestek noch in de aankondigingen is, zoals vereist door artikel 81 quater, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, vermeld dat de aanvragen tot deelnemingen of zoals te dezen offertes eveneens via elektronische middelen kunnen worden opgesteld en/of verzonden.

1.3. Blijkens het proces-verbaal van opening der offertes van 5 november 2004 hebben vier ondernemingen een offerte ingediend waaronder de verzoekende partij, die een offerte indiende voor percelen 1 en 5.

1.4. De offerte van de verzoekende partij werd op 4 november 2004 ondertekend door haar toenmalige bestuurder, Gareth Williams, die volgens het verzoekschrift op dat moment in Londen verbleef, door toevoeging van een gescande versie van zijn handtekening aan het elektronisch document dat hij retourneerde per e-mail naar de bevoegde persoon bij de verzoekende partij in België. De begeleidende brief bij de offerte werd ondertekend door een “Sales Engineer” en de “Sales Director Belux”.

1.5. Per faxbericht van 3 december 2004 vraagt de aankoopofficier van de Algemene Directie Material Resources, aan de verzoekende partij om zo snel mogelijk een exemplaar van de offerte te bezorgen met daarop de originele handtekening. Zij wordt verzocht de documenten zelf niet te wijzigen, enkel op de vier bladzijden met de gescande handtekening de originele handtekening te plaatsen.

1.6. Op 3 december 2004 maakt de verzoekende partij de gevraagde documenten met de originele handtekening over aan de verwerende partij, die deze volgens de nota op 6 december 2004 ontvangt en ze aan de originele offerte

toevoegt ter vervanging van de reeds in de offerte aanwezige documenten met de gescande handtekening.

1.7. In een conformiteitsverslag van 17 november 2004 worden alle offertes conform aan het bestek geacht behalve de offerte van de tussenkomen de partij, voor perceel 5.

1.8. Op 24 januari 2005 tekent de minister van Landsverdediging voor akkoord op het gunningsverslag dat de inschrijvers alle vier selecteert, maar vaststelt dat de offerte van de verzoekende partij administratief onregelmatig is omdat haar offerte geen echte handtekening van de gevolmachtigde draagt maar alleen maar een gescande handtekening, voorstelt de opdracht voor perceel 5 niet te gunnen bij gebrek aan regelmatige inschrijvers en de andere percelen te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, meer bepaald voor perceel 1 aan de tussenkomen de partij voor een prijs van 350.000 euro zonder BTW.

Dezelfde dag ondertekent de minister van Landsverdediging een gemotiveerde beslissing in die zin. Daarin wordt vermeld dat de vier inschrijvers voldoen aan de selectiecriteria, dat de offerte van de verzoekende partij voor percelen 1 en 5 administratief onregelmatig is, dat de offerte van de tussenkomen de partij voor perceel 5 technisch niet conform is, dat perceel 5 bij gebrek aan regelmatige offertes niet wordt toegewezen en dat de andere percelen worden toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver, dit is voor perceel 1 de tussenkomen de partij.

Met een brief van 28 januari 2005 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte onregelmatig werd verklaard om de volgende reden :

“Noch de originele exemplaren, noch de afschriften van uw offerte in referte 2 droegen bij de opening van de offertes op datum van 05 november 2004 een originele en met de hand geschreven handtekening van de gevolmachtigde; enkel maar een gescande handtekening. Art 89 van het KB van 8 Januari 1996.”;

2. De grondvoorwaarden voor schorsing.

2.0. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

2.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat in een eerste middel de schending wordt ingeroepen van de artikelen 89, 110 en 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, doordat de verwerende partij een manifeste beoordelingsfout heeft begaan bij het uitoefenen van haar discretionaire bevoegdheid omtrent de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij; dat zij daarbij nader betoogt dat deze ten onrechte onregelmatig verklaard is bij gebrek aan originele ondertekening bij de opening van de offertes terwijl het offerteformulier en de inventaris wel degelijk werden ondertekend, zij het door middel van een gescande handtekening, terwijl de offerte conform was alle andere “formele en materiële voorwaarden en eisen van het bestek” zowel op administratief, financieel als technisch vlak en de verbintenis van de verzoekende partij omtrent prijs en voorwaarden van haar offerte ondubbelzinnig en duidelijk was, hetgeen door de verwerende partij ook niet wordt betwist, en dat, indien er al sprake zou zijn van een formele onregelmatigheid, deze definitief werd weggewerkt door de aanvullende originele ondertekening van de offerte die op verzoek van het bestuur zelf prompt na de vraag daartoe werd toegestuurd, zonder dat de modaliteiten van de offerte gewijzigd werden zodat deze louter formele vermeende onregelmatigheid werd geregulariseerd in ieder geval geen enkele invloed had op de rangschikking en geen enkel nadelig gevolg had voor het bestuur of de andere kandidaten;

Overwegende dat in het tweede middel door de verzoekende partij de schending wordt ingeroepen van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, te weten de redelijkheidsnorm en de zorgvuldigheidsnorm”; dat zij daartoe stelt dat zeker in een openbare aanbesteding waarin zij de laagste prijs indiende, niet “redelijk” en “zorgvuldig” gehandeld werd, door haar eerst de mogelijkheid te

geven de schijnbare onregelmatigheid of dubbelzinnigheid in haar offerte recht te zetten door enkele bladzijden van de offerte alsnog origineel en met de hand te doen ondertekenen en geruime tijd later met een summier bericht de offerte toch te weren op grond van de gescande handtekening bij het indienen van de offerte en aldus de gerechtvaardigde indruk te wekken dat de offerte na het versturen van de bladzijden met de originele handtekening regelmatig is of was geworden;

Overwegende dat in het derde middel de schending wordt aangevoerd van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van “de beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder de materiele motiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel”, enerzijds, omdat uit de medegedeelde motivering niet blijkt waarom de gescande handtekening als onregelmatig wordt beschouwd en, anderzijds, omdat nergens allusie wordt gemaakt op de op vraag van het bestuur zelf medegedeelde correcte ondertekening, feit dat nergens wordt vermeld zodat de verzoekende partij ook niet weet waarom beslist werd die handtekening uiteindelijk niet te aanvaarden;

2.2.1. Overwegende, wat het derde middel en de daarin aangevoerde schending van de formele motiveringsplicht betreft, dat de motivering in de bestreden beslissing, teneinde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; dat die motivering afdoende moet zijn ten einde een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt; dat zulks inhoudt dat een verzoekende partij, als inschrijver waarvan de offerte onregelmatig werd bevonden, uit de motivering zelf van de betrokken beslissing moet kunnen afleiden om welke reden zulks gebeurt;

Overwegende dat te dezen de offerte van de verzoekende partij onregelmatig is verklaard en die beslissing gemotiveerd is door de vaststelling dat noch het origineel noch de afschriften van die offerte bij de opening van de offertes op 5 november 2004 een originele en met de hand geschreven handtekening droegen, maar slechts een gescande handtekening; dat daarbij nog melding wordt gemaakt van artikel 89 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996; dat op die wijze de juridische en feitelijke overwegingen zijn aangegeven die aan de

beslissing ten grondslag liggen : de reden waarom de offerte wordt geweerd is dat de gescande handtekening niet wordt aanvaard en er wordt een originele handtekening vereist bij de opening der offertes; dat aldus geen schending van de formele motiveringsplicht lijkt te zijn aangetoond; dat overigens uit hetgeen in het eerste en tweede middel wordt aangevoerd, lijkt te kunnen worden afgeleid dat de motivering de verzoekende partij in staat stelde de juistheid ervan te beoordelen en deze te betwisten in rechte zodat ook aan de doelstelling van de formele motiveringsplicht voldaan is;

Overwegende, wat de in het derde middel geschonden geachte materiële motiveringsverplichting betreft, dat het derde middel op dat punt met het hieronder besproken eerste middel lijkt samen te vallen; dat, betreffende het “redelijkheidsbeginsel”, de verzoekende partij niet aangeeft welke rechtsregel zij daaronder verstaat en op welke wijze deze zou zijn geschonden; dat het derde middel aldus in de besproken onderdelen niet ernstig is;

2.2.2. Overwegende, wat het eerste en tweede middel betreft, dat daarin in essentie wordt aangevoerd dat de offerte van de verzoekende partij ten onrechte onregelmatig werd verklaard;

Overwegende dat de in het geding zijnde opdracht voor werken met de procedure van de openbare aanbesteding is uitgeschreven, waarop artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van toepassing is; dat dit artikel bepaalt dat “onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële bestekbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande [kan] beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”; dat de voormelde titel VI aldus onder meer bepaalt in artikel 89 dat de inschrijver zijn offerte opmaakt en de samenvattende opmetingsstaat of de inventaris invult op het eventueel bij het bestek behorende formulier en, indien hij deze op andere documenten maakt dan op het voorziene formulier, op ieder document verklaart dat het document conform het bij het bestek behorende model is (eerste lid), dat de documenten door de inschrijver of zijn gemachtigde worden ondertekend (tweede lid) en dat doorhalingen, aanvullingen of wijzigingen zowel in de offerte als in de

bijlagen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde moeten worden ondertekend (derde lid);

Overwegende dat volgens het eerste middel te dezen de voormelde artikelen 89 en 110 geschonden werden alsook artikel 111 dat de verbetering van rekenfouten en kennelijk materiële fouten in de offertes betreft; dat de verzoekende partij alvast niet lijkt aan te tonen hoe deze laatste bepaling geschonden werd doordat haar offerte werd geweerd wegens het ontbreken van een originele en met de hand aangebrachte handtekening bij de opening van de offertes, hetgeen op het eerste gezicht bezwaarlijk immers een rekenfout of kennelijk materiële fout is in de zin van dat artikel 111;

Overwegende, wat de voormelde artikelen 89 en 110, § 2, betreft, dat de kwestieuze offerte bij het indienen ervan en bij de opening der offertes op 5 november 2004 ook volgens de verzoekende partij zelf geen originele handtekening droeg maar enkel een gescande handtekening; dat de verzoekende partij ervan lijkt uit te gaan dat een dergelijke “ondertekening” in rechte volstaat zonder zulks in wezen nader te argumenteren; dat de verwerende partij daarentegen in de bestreden beslissing steunt op de zienswijze, dat een originele handtekening vereist is, maar eveneens zonder deze in de nota nader, met juridische argumenten, te onderbouwen;

Overwegende dat een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij uitstek niet de plaats is om een juridische twistvraag te beslechten met grote implicaties - namelijk of een gescande handtekening op een offerte gelijkstaat aan een handgeschreven handtekening; dat hetzelfde geldt voor de vraag of een gescande handtekening na opening der offertes mag worden vervangen door een handgeschreven handtekening die alsdan de offerte regelmatig zou maken; dat te dezen enkel kan worden opgemerkt, prima facie, dat rechtspraak in het verleden doorgaans, in gevallen waar in het rechtsverkeer een handtekening is vereist, andere dan originele handgeschreven ondertekeningsvormen verwierp; dat in het domein van de overheidsopdrachten, tot de invoering in het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 van titel IIIbis - Voorwaarden voor het gebruik van elektronische middelen, door het koninklijk besluit van 18 februari 2004, de regelgeving geen specifieke bepaling lijkt te bevatten over de vorm van de handtekening; dat thans in artikel 81ter van het koninklijk besluit van 8 januari 1996

uitdrukkelijk wordt bepaald aan welke vereisten een elektronische handtekening moet voldoen, als één van de waarborgen die de elektronische middelen moeten bieden; dat een elektronisch middel in artikel 81bis, 2°, omschreven wordt als “middel waarbij gebruik wordt gemaakt van elektronische apparatuur voor gegevensverwerking (met inbegrip van digitale compressie) en gegevensopslag alsmede van verspreiding, overbrenging en ontvangst per draad, straalverbinding, langs optische weg of met andere elektromagnetische middelen”; dat, ongeacht de vraag of een gescande handtekening als een dergelijke elektronische handtekening mag worden aangemerkt, ter zake de vaststelling volstaat dat offertes krachtens artikel 81quater, § 1, van dat koninklijk besluit enkel via elektronische middelen kunnen worden ingediend wanneer dit in de te publiceren aankondiging of het bestek, naar gelang het geval, is toegelaten; dat zulks te dezen niet het geval is;

Overwegende dat, rekening gehouden met hetgeen voorafgaat, vooreerst niet lijkt te mogen worden aangenomen dat na de opening der offertes een offerte nog geldig kan worden ondertekend aangezien zulks de gelijkheid van de inschrijvers kan verstoren omdat op dat ogenblik prijzen bekend zijn; dat voorts de niet ondertekening van een offerte in principe een substantiële onregelmatigheid lijkt aangezien zulks onzekerheid met zich kan meebrengen betreffende de verbintenissen van de inschrijvers; dat aldus op het eerste gezicht te dezen de verwerende partij de betrokken offerte kon of zelfs diende te weren, omdat zij niet ondertekend was en terecht geen rekening hield met een ondertekening na het indienen van de offerte des te meer daar zulks te dezen na de opening van de offertes is gebeurd; dat ten slotte nog de vraag rijst of aan die conclusie afbreuk wordt gedaan omdat de betrokken offerte initieel een gescande handtekening droeg; dat in de huidige stand van het geding moet worden aangenomen dat een dergelijke “ondertekening” te dezen gelijkstaat met afwezigheid van een ondertekening, alleen reeds omdat het gebruik van elektronische middelen voor het indienen van de offerte in elk geval noch in het bestek noch in de aankondigingen was voorzien;

Overwegende dat dienvolgens het eerste middel niet ernstig is omdat daarin geen schending lijkt te zijn aangetoond van de artikelen 89, 110 en 111 van het meervermelde koninklijk besluit van 8 januari 1998; dat aldus ook het tweede middel niet ernstig is; dat immers een op het eerste gezicht correcte toepassing door de bestreden beslissing van de voornoemde artikelen 89 en 110, bezwaarlijk terzelfdertijd schending lijkt te kunnen inhouden, door die beslissing, van beginselen van behoorlijk bestuur die tot nietigverklaring zouden moeten leiden;

2.3. Overwegende dat geen van de middelen ernstig is; dat dienvolgens niet is voldaan aan de tweede van de in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden die vervuld moeten zijn, wil een vordering tot schorsing worden toegewezen; dat die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van BVBA Facilicom International in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drie maart 2005, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.