

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 209.381 van 1 december 2010
in de zaak A. 198.196/XII-6411**

In zake: BORCHERS KREISLAUFWIRTSCHAFT GMBH
vennootschap naar Duits recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Verbist
kantoor houdend te Antwerpen
Graaf Van Hoornestraat 34
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA ECOWERF, INTERGEMEENTELIJK
MILIEUBEDRIJF OOST-BRABANT, opdrachthoudende
vereniging
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dany Socquet
kantoor houdend te Tervuren
Merenstraat 28
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV VEOLIA ENVIRONMENTAL SERVICES BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 november 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- De beslissing van 20 oktober 2010 van de Raad van Bestuur van EcoWerf, Intergemeentelijk Milieubedrijf Oost-Brabant, dat de offerte van 31 augustus 2010 ter inschrijving op het bestek 2010/VW/01 ter sortering van pmd van huishoudelijke oorsprong onregelmatig werd ingediend;
- De beslissing van 20 oktober 2010 van de Raad van Bestuur van EcoWerf, Intergemeentelijk Milieubedrijf Oost-Brabant, dat de offerte van 31 augustus 2010 ter inschrijving op het bestek 2010/VW/01 om de opdracht te gunnen aan Veolia;
- En van de daarmee samenhangende impliciete beslissing om de opdracht niet aan verzoekende partij te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 november 2010, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pieter Thomaes, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Dany Socquet, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht van diensten, onder de vorm van een algemene offerteaanvraag, uit voor het sorteren van de

afvalfractie plastic flessen en flacons, metalen verpakkingen en drankkartons (pmd) van huishoudelijke oorsprong.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 949.145 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 13 juli 2010, evenals in het Publicatieblad van de Europese Unie op 10 juli 2010, en is onderworpen aan de bepalingen van het bestek nummer 2010/VW/01.

Het bestek bevat als bijlagen onder meer een model inschrijvingsbiljet en een inventaris.

3.3. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen op 1 september 2010 blijkt dat vier inschrijvers een offerte hebben ingediend, waaronder verzoekende partij. In het proces-verbaal wordt ook opgemerkt dat het inschrijvingsformulier van verzoekende partij niet is ondertekend.

3.4. In het gunningsverslag wordt inzake de formele regelmatigheid van de offertes het volgende opgemerkt:

“Bij nazicht van de vorm van de offertes is gebleken dat inschrijver Borchers het inschrijvingsformulier van de door hem ingediende offerte niet heeft ondertekend. De inschrijving van Borchers dient ingevolge dit ondertekeningsgebrek als nietig te moeten worden aangezien en dit om volgende redenen:

- De offerte van de inschrijver bestaat in de regel uit drie delen:
 - o Het inschrijvingsformulier, dat de formele verbintenis bevat van de inschrijver om de opdracht uit te voeren conform de besteksbepalingen en de door de inschrijver opgegeven voorwaarden;
 - o De inventaris waarin de te leveren prestaties zijn samengevat en opgenomen in afzonderlijke posten, waarin de prijs (eenheidsprijs of totaalprijs) wordt opgegeven;
 - o De bijlagen bij de offerte waarvan de indiening verplicht is.

Om te vermijden dat naar vorm onregelmatige offertes worden ingediend, werd bij het bestek een model van inschrijvingsformulier en meetstaat gevoegd. Artikel 7 van het bestek voorziet dat deze formulieren door de inschrijver moeten worden gebruikt.

- Bij toepassing van artikel 89 van het KB. dd. 08/01/1996, moeten de documenten die deel uitmaken van de offerte, zo ook het inschrijvingsformulier, worden ondertekend door de inschrijver. Het inschrijvingsformulier gevoegd bij het bestek in kwestie verwijst uitdrukkelijk naar deze verplichting: ‘de ondergetekende verbindt zich op zijn roerende en onroerende goederen tot de uitvoering, overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van voornoemd bestek, van de in het bestek beschreven opdracht met betrekking tot de aanneming van hoger vermelde werken.’ En *in fine*: ‘De bescheiden, gedateerd en ondertekend, die luidens het bestek van de onderhavige aanneming moeten worden voorgelegd.
Gedaan te
Op.....
De inschrijvers’
- De ondertekening van het inschrijvingsformulier is een —door de wet opgelegd— substantieel vormvoorschrift, vermits dit het document is waarop inschrijver zich formeel verbindt tot uitvoering van de opdracht. Dit voorschrift raakt aan de instemming zelf van de inschrijver om zich te verbinden. Het volstaat dus niet dat alleen de inventaris is ondertekend. Het gebrek aan ondertekening van de offerte is dan ook een substantiële tekortkoming, die de absolute nietigheid van de offerte met zich meebrengt (artikel 89 jct Artikel 110 §2 KB 08/01/1996). Dergelijke nietigheid kan niet door het bestuur worden gedekt.

De firma Borchers wordt ingevolge de nietigheid van door haar ingediende offerte als niet-regelmatig inschrijver geweerd”.

3.5. Op 20 oktober 2010 stelt de raad van bestuur van verwerende partij in overeenstemming met het gunningsverslag in de eerste plaats vast dat verzoekende partij een nietige offerte heeft ingediend aangezien het bij de offerte horende inschrijvingsformulier niet was ondertekend. Het gebrek aan ondertekening van de inschrijving is een substantiële onregelmatigheid, die de absolute nietigheid van de offerte met zich meebrengt. Tevens wordt beslist om de opdracht te gunnen aan de nv Veolia Environmental Services Belgium, die, aldus de raad van bestuur van verwerende partij, de meest voordelige regelmatige offerte heeft ingediend.

Dit zijn de eerste twee bestreden beslissingen.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 28 oktober 2010 wordt verzoekende partij in kennis gesteld van het feit dat verwerende partij beslist heeft dat zij een onregelmatige offerte heeft ingediend. Er wordt haar een kopie bezorgd van het verslag van de raad van bestuur van 20 oktober 2010 waarin de motieven voor deze beslissing staan vermeld, evenals van het gunningsverslag.

IV. Tussenkomen

4. Met een op 22 november ter griffie neergelegd verzoekschrift vraagt de nv Veolia Environmental Services Belgium om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij is de begunstigde van de tweede bestreden beslissing en heeft er dus belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens wordt haar verzoek ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Verwerende partij en tussenkomende partij betwisten de ontvankelijkheid van de vordering en werpen daartoe elk een exceptie op.

Er bestaat geen noodzaak om over deze excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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.

7. De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen

van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een eerste en enig middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: de wet van 24 december 1993), van artikel 110, §§ 2 en 3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald van het beginsel inzake de materiële motiveringsplicht, van het vertrouwensbeginsel, van het zorgvuldigheidsbeginsel, de hoorplicht en het redelijkheidsbeginsel.

Het middel wordt opgesplitst in drie onderdelen.

8.1. In een eerste onderdeel voert verzoekende partij in essentie aan dat de aanbestedende overheid de ingediende offertes op al te formalistische en derhalve onredelijke wijze heeft beoordeeld. De bestreden beslissing stelt immers vast dat een gebrek in de ondertekening van het inschrijvingsformulier resulteert in het weren van de offerte. Dit is volgens verzoekende partij kennelijk onredelijk

wanneer uit andere gegevens blijkt dat de verbintenis van de inschrijver ondubbelzinnig vaststaat.

8.2. In een tweede onderdeel voert zij aan dat bij de beoordeling of er bij een niet-overeenkomstige offerte al dan niet sprake is van een substantiële onregelmatigheid, onder andere wordt nagegaan of de instemming van de opsteller van deze niet-overeenkomstige offerte volledig is. Ook wordt nagegaan of de begane onregelmatigheid zonder invloed is gebleven op de eindbeslissing, dit wil zeggen op de rangschikking van de offertes. De Raad van State kijkt ook naar de bedoeling van de opstellers van het bestek aangezien een redelijke interpretatie van deze bedoeling kan toelaten — onder meer in geval van een louter materiële vergissing — een bepaling uit te schakelen die uitdrukkelijk de nietigheid bepaalt. Te dezen kan men volgens verzoekende partij vaststellen dat voorliggend bestek wel degelijk is ondertekend, zij het dat dit niet gebeurde op elke daartoe voorbestemde plaats. Daar de voorpagina van het bestek, evenals de inventaris (bijlage B bij het bestek) werden ondertekend, werd de eigenlijke inschrijving volgens verzoekende partij wel degelijk ondertekend. Hier kan immers uit afgeleid worden dat de zaakvoerders van Borchers zich er ondubbelzinnig toe verbonden de opdracht conform de voorschriften van het bestek uit te voeren.

8.3. In een derde onderdeel voert verzoekende partij ten slotte nog aan dat het zorgvuldigheidsbeginsel en de hoorplicht werden geschonden doordat verwerende partij heeft nagelaten de zaakvoerders van verzoekende partij uit te nodigen om opmerkingen te maken met betrekking tot de beweerde redenen van onregelmatigheid van de offerte vooraleer tot een beslissing te komen. De hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur vindt slechts toepassing bij ontstentenis van een uitdrukkelijke norm. Artikel 115, voorlaatste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, bepaalt uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheid bij een offerteaanvraag slechts in contact treedt met de inschrijvers “indien zij de inhoud van hun offerte moeten preciseren of aanvullen”. In huidige geval had verwerende partij de zaakvoerders kunnen oproepen om te worden gehoord daar kon worden vermoed dat het ontbreken van de handtekening op de

inschrijving — waar de overige documenten van dezelfde offerte wel werden ondertekend — buiten de wil van de zaakvoerders viel en deze handtekening had kunnen worden aangevuld daar de wil tot contracteren duidelijk aanwezig was, gezien de handtekening op de voorpagina van de offerte, evenals op de inventaris in bijlage.

Beoordeling

9. Wat de aangevoerde schending van de formele motiveringsplicht betreft, dient te worden vastgesteld dat verzoekende partij uit de motivering van de bestreden beslissing die haar werd meegedeeld op afdoende wijze kon afleiden om welke reden haar offerte onregelmatig werd verklaard. Voorts toont verzoekende partij niet aan om welke reden het vertrouwensbeginsel zou geschonden zijn, zodat het middel op dit punt niet ontvankelijk is.

10.1. Luidens artikel 16 van de wet van 24 december 1993 dient, bij algemene of beperkte offerteaanvraag de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht.

10.2. Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat “onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen 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”.

10.3. Artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt:

“De inschrijver maakt zijn offerte op en vult de samenvattende opmetingstaat of de inventaris in op het eventueel bij het bestek behorende

formulier. Indien hij deze op andere documenten maakt dan op het voorziene formulier moet de inschrijver op ieder van deze documenten verklaren dat het document conform het bij het bestek behorende model is. De documenten worden door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend.

Doorhalingen, overschrijvingen, 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, moeten eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden. De bepalingen van dit lid zijn niet van toepassing indien de offerte en de bijlagen met een elektronische handtekening worden ondertekend”.

10.4. Artikel 7 van het bestek bepaalt dat de inschrijver verplicht is het bij het bestek gevoegde inschrijvingsformulier en de inventaris te gebruiken en dat elke offerte of samenvattende opmetingsstaat die op een ander document is opgemaakt onder de volledige verantwoordelijkheid van de inschrijver valt, die op ieder van deze documenten moet verklaren dat het document conform het bij het bestek behorende model is.

11. Het blijkt dat de offerte van verzoekende partij door verwerende partij als substantieel onregelmatig werd geweerd, in essentie omdat “bij nazicht van de vorm van de offertes is gebleken dat inschrijver Borchers het inschrijvingsformulier van de door hem ingediende offerte niet heeft ondertekend”.

12. Krachtens artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 worden de offerte en de samenvattende opmetingsstaat of de inventaris “ondertekend” door “de inschrijver”. Uit het hiervoor aangehaalde artikel 7 van het bestek vloeit voort dat het inschrijvingsformulier en de inventaris onderscheiden documenten van de inschrijving zijn.

Het blijkt dat enkel het begeleidend schrijven en de inventaris bij de offerte van verzoekende partij werden ondertekend, doch dat inschrijvingsbiljet niet ondertekend werd. Het inschrijvingsbiljet is enkel onderaan rechts geparafeerd, net zoals de rest van de offerte.

De vereiste ondertekening van het inschrijvingsbiljet lijkt een substantiële formaliteit te betreffen, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft. Het gebrek aan ondertekening lijkt niet gedekt te kunnen worden nu zulks onzekerheid met zich kan meebrengen betreffende de verbintenissen van de inschrijvers. Deze verbintenissen omvatten te dezen, zoals blijkt uit het inschrijvingsbiljet gevoegd als bijlage bij het bestek, onder meer dat de inschrijver zich verbindt op zijn roerende en onroerende goederen tot de uitvoering, overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van het bestek, van de in het bestek beschreven opdracht.

Het gebrek aan ondertekening van het inschrijvingsbiljet bij de offerte van verzoekende partij klemmt in de voorliggende zaak des te meer nu de door verzoekende partij opgegeven prijzen in het inschrijvingsbiljet en de meetstaat van elkaar lijken te verschillen zonder dat dienomtrent in de offerte uitleg wordt verstrekt.

Aldus lijkt geen schending te zijn aangetoond van artikel 16 van de wet van 24 december, van artikel 110, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, noch van de materiële motiveringsplicht of het redelijkheidsbeginsel. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, zoals te dezen het geval lijkt te zijn, lijkt het bestuur die offerte immers vervolgens buiten beschouwing te moeten laten.

Het eerste en tweede onderdeel van het enig middel, die op de schending van deze rechtsnormen berusten, zijn bijgevolg niet ernstig.

13. In het derde onderdeel voert verzoekende partij nog aan dat het zorgvuldigheidsbeginsel en de hoorplicht werden geschonden doordat verwerende partij zou hebben nagelaten verzoekende partij uit te nodigen om opmerkingen te maken met betrekking tot de beweerde redenen van onregelmatigheid van de offerte vooraleer tot een beslissing te komen.

De hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur lijkt slechts toepassing te vinden bij ontstentenis van een uitdrukkelijke norm. Te dezen is er echter artikel 115, voorlaatste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat uitdrukkelijk bepaalt dat de aanbestedende overheid bij een offerteaanvraag slechts in contact treedt met de inschrijvers indien zij de inhoud van hun offerte moeten preciseren of aanvullen. Gegeven de prima facie door verwerende partij terecht aangenomen substantiële onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij lijkt het in het voorliggende geval dat het de aanbestedende overheid zelfs niet geoorloofd was om verzoekende partij te contacteren alvorens haar offerte onregelmatig te verklaren.

Evenmin kan in die omstandigheden worden aangenomen dat de aanbestedende overheid onzorgvuldig zou hebben gehandeld door verzoekende partij niet te hebben gecontacteerd alvorens haar offerte onregelmatig te verklaren.

Ten slotte kan het ontbreken van een originele handtekening bij de opening van de offertes op het eerste gezicht bezwaarlijk als een rekenfout of kennelijk materiële fout in de zin van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 worden beschouwd en lijkt niet te mogen worden aangenomen dat na de opening van de offertes, een offerte nog geldig kan worden ondertekend aangezien zulks de gelijkheid van de inschrijvers kan verstoren omdat op dat ogenblik de prijzen bekend zijn. In tegenstelling tot wat verzoekende partij opwerpt had de ontbrekende handtekening dan ook niet “kunnen worden aangevuld”.

Het derde onderdeel is niet ernstig.

14. Ter zitting voert verzoekende partij een reeks elementen aan die volgens haar er zouden moeten op wijzen dat bij een belangenafweging haar belangen prevaleren.

Vooreerst dient er op gewezen te worden dat het maar de vraag is in hoeverre verzoekende partij deze argumentatie ontvankelijk kan aanvoeren nu ze deze in haar verzoekschrift had kunnen aanvoeren, hetgeen ze naliet.

Voorts valt niet onmiddellijk in te zien dat een belangenafweging die gebeurlijk in haar voordeel zou worden beslecht, eraan kan verhelpen dat verzoekende partij geen ernstig middel aanvoert.

VIII. Besluit

14. Nu het eerste en enige middel in zijn geheel niet ernstig werd bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Veolia Environmental Services Belgium tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 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 1 december 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra