RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 220.809 van 2 oktober 2012
in de zaak A. 201.074/XII-6650

In zake: de BVBA NATUUR- & GROENBEDRIJF HEYLEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thomas Bienstman
kantoor houdend te 9000 Gent
Vlaanderenstraat 78
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Verlinden en Jens Debièvre
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c bus 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV KRINKELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 juli 2011, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van onbekende datum van het Agentschap voor Natuur en Bos waarbij de opdracht met besteknummer ANB/RM/2010/15 met titel 'Omgevingsinrichting en parking aan het regiokantoor De Vlakte te Oud-

Heverlee' werd gegund aan de firma Krinkels nv, en niet werd gegund aan [de bvba Natuur- & Groenbedrijf Heylen]".

II. Verloop van de rechtspleging

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

De nv Krinkels heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 16 januari 2012. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 september 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Johan Geerts, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 openbare aanbesteding uit voor een opdracht voor aanneming van werken voor de omgevingsinrichting en parking regiokantoor "De Vlakte" te Oud-Heverlee.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 31 januari 2011.

3.2. Op 10 maart 2011 worden de offertes geopend. Drie ondernemingen hebben een offerte, prijs btw inbegrepen, ingediend:

- de bvba Natuur- en Groenbedrijf Heylen	112.969,71 euro,
- de nv Krinkels	140.801,65 euro,
- de bvba Stonegarden	174.510,37 euro.

3.3. In de offerte van verzoekende partij blijkt op post 22 van de samenvattende opmetingsstaat correctievloeistof te zijn aangebracht, waarop een eenheidsprijs en een som werden ingevuld.

3.4. Het gunningsverslag wordt opgesteld. Wat betreft de formele regelmatigheid van de offerte van verzoekende partij wordt opgemerkt:

> "De offerte ingediend door de firma Heylen bvba bevat een verbetering van de eenheidsprijs voor post 22 alsook van de som voor diezelfde post. Deze verbetering werd niet door de inschrijver gehandtekend.
>
> […]
>
> De onregelmatigheid vastgesteld in de offerte ingediend door de firma Heylen bvba is substantieel van aard gezien de verbetering niet werd

> gehandtekend en het in deze bovendien een verbetering van een eenheidsprijs alsook de som van eenzelfde post betreft welke aanleiding kan geven tot discussies achteraf over de intenties van de inschrijver.
> De vastgestelde onregelmatigheid in de offerte van de firma Heylen bvba betreffende de verbetering van prijzen in de samenvattende opmetingsstaat wordt in toepassing van artikel 89 van het KB van 8/1/1996 als een substantiële onregelmatigheid beschouwd omwille van het feit dat de aangebrachte verbeteringen niet door de inschrijver ondertekend werden.
>
> De inschrijving ingediend door de firma Heylen bvba kan niet worden weerhouden op grond van de vastgestelde substantiële onregelmatigheid".

Er wordt vervolgens voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Krinkels voor een bedrag van 140.801,65 euro.

3.5. Op ongekende datum beslist verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Krinkels, verwijzend naar het onderzoek van de inschrijvingen en onder meer "gelet op de vastgestelde substantiële formele onregelmatigheid in de offerte ingediend door de firma Heylen bvba".

3.6. In een aangetekende brief van 18 mei 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee:

> "Overeenkomstig artikel 25 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten delen wij u mede dat uw offerte voor [deze] opdracht niet werd uitgekozen. De reden hiervoor is dat uw offerte een niet gehandtekende verbetering bevat van zowel de eenheidsprijs als het posttotaal van post 22 van de samenvattende opmetingsstaat".

In fine van dit schrijven wordt verwezen naar de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State.

3.7. Op 14 juni 2011 bezorgt verwerende partij per e-mailbericht de gunningsbeslissing en het gunningsverslag aan verzoekende partij.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Zij wijst er op dat niet elke doorhaling, overschrijving, aanvulling of wijziging kan worden beschouwd als een vormfout die de absolute nietigheid van de offerte met zich meebrengt. Er moet worden aangenomen dat de sanctie van de absolute nietigheid niet speelt indien de totale offertesom correct is en rekening houdt met de som vermeld naast een doorhaling.

In dit geval houdt de totale offertesom rekening met de som in post 22, werd de totale offertesom in het inschrijvingsformulier vermeld, voorgelezen bij de opening van de offertes en genoteerd in het proces-verbaal van de opening van de offertes. De correctie heeft dan ook geen enkele invloed gehad op de prijs van de offerte of op de rangschikking. Het gaat om een verschrijving eerder dan om een doorhaling in de zin van het voornoemde artikel 89.

Voorts merkt verzoekende partij op dat de handtekening naast een doorhaling tot doel heeft de inschrijver de kans te ontnemen de aangebrachte doorhaling te ontkennen of onbesproken te laten nadat de offertes zijn geopend teneinde de opdracht te weigeren of aan te nemen, al naar gelang. Hier speelt deze bezorgdheid niet aangezien de totale offerteprijs het resultaat is van een correcte optelsom die rekening houdt met het getal vermeld in post 22.

Ten slotte wijst verzoekende partij er op dat zij reeds 15 jaar voor verwerende partij werkt en in dit kader meermaals offertes heeft ingediend met aanpassingen op correctievloeistof, waarop zij nog nooit een opmerking heeft gekregen.

5. In de memorie van wederantwoord benadrukt verzoekende partij dat een gebrek in de ondertekening niet tot het weren van de offerte mag leiden wanneer uit andere gegevens blijkt dat de verbintenis van de inschrijver ondubbelzinnig vaststaat en niet in twijfel kan worden getrokken. Minstens moet de reden om de gunning te weigeren berusten op een dubbelzinnigheid in de offerte die tot gevolg heeft dat er twijfel bestaat over de draagwijdte van de verbintenis van de inschrijver. Dit is hier niet het geval. Wanneer geen enkele juridische twijfel bestaat omtrent de formele verbintenis van de inschrijver mag de aanbestedende overheid, ondanks de vastgestelde gebreken, toch tot de regelmatigheid van de offerte besluiten.

Beoordeling

6.1. Artikel 89 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

> "De inschrijver maakt zijn offerte op en vult de samenvattende opmetingsstaat 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".

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

> "§ 2. 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".

Uit deze bepalingen volgt dat de vereiste handtekening bij de doorhaling, de overschrijving, aanvulling of wijziging van een eenheidsprijs of totaalprijs een substantiële vormvereiste is, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte tot gevolg heeft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, moet het bestuur die offerte buiten beschouwing laten en beschikt het terzake niet over een discretionaire bevoegdheid.

6.2. Verzoekende partij geeft zelf in haar verzoekschrift te kennen:

> "In post 22 van de samenvattende opmetingsstaat […] werd op correctievloeistof de eenheidsprijs 19 en de som 1235 ingevuld.
>
> Deze verbetering werd niet […] gehandtekend".

Aldus erkent verzoekende partij zelf dat zij het bepaalde in artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet heeft nageleefd. Overeenkomstig artikel 110, § 2, van dit koninklijk besluit diende haar offerte dan ook als substantieel onregelmatig te worden beschouwd.

Verzoekende partij verwijst in haar betoog naar de mogelijkheid voor een aanbestedende overheid om over een onregelmatigheid heen te stappen en een onregelmatige offerte alsnog in aanmerking te nemen. Dit is echter enkel mogelijk indien de betrokken onregelmatigheid van relatieve aard is. Dit is hier niet het geval. Verwerende partij mocht dan ook niet anders dan de offerte van verzoekende partij weren. Het feit dat de aanpassing geen invloed

heeft gehad op de totale offerteprijs of op de rangschikking van de offertes doet geen afbreuk aan de voorgaande vaststellingen.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij in de memorie van wederantwoord doet gelden kan niet worden aanvaard dat er in het voorliggende geval geen enkele twijfel bestaat over haar juridische verbintenissen nu zij een offerte heeft ingediend die een niet-gehandtekende aanpassing van haar prijzen bevat.

De stelling van verzoekende partij, die overigens niet nader wordt onderbouwd, dat zij reeds eerder offertes met niet-gehandtekende aanpassingen op correctievloeistof heeft ingediend en dat deze toen niet werden geweerd door verwerende partij, neemt niet weg dat de handelwijze van verzoekende partij wel degelijk diende te leiden tot de substantiële onregelmatigheid van haar huidige offerte.

Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 19, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, en van de zorgvuldigheidsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur.

Verzoekende partij wijst er op dat verwerende partij in de kennisgeving van de bestreden beslissing geen rekening heeft gehouden met 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. Verwerende partij heeft geen melding gemaakt

van de mogelijkheid om binnen de 15 dagen vanaf de kennisgeving een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen tegen de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing. Er werd enkel melding gemaakt van de termijn van 60 dagen.

Verwerende partij liet na de juiste beroepsmogelijkheid te vermelden en heeft zo de zorgvuldigheidsplicht geschonden. Om die reden dient de bestreden beslissing te worden vernietigd.

8. In de memorie van wederantwoord wijst verzoekende partij op de actieve informatieplicht die op verwerende partij rust zoals deze voortvloeit uit de wet- en decreetgeving betreffende de openbaarheid van bestuur.

Beoordeling

9.1. In het auditoraatsverslag wordt vastgesteld dat dit middel betrekking heeft op een tekortkoming in de kennisgeving van de bestreden beslissing, die geen afbreuk doet aan de wettigheid van de bestreden beslissing zelf. Het middel is dan ook niet ontvankelijk, aldus het auditoraat.

9.2. In haar laatste memorie beperkt verzoekende partij zich tot het woordelijk hernemen van het verzoekschrift en de memorie van wederantwoord en de niet nader toegelichte stelling dat het standpunt van het auditoraat niet kan worden bijgetreden.

9.3. Verzoekende partij laakt in dit middel een gebrek in de kennisgeving van de bestreden beslissing doch voert geen grieven aan die de onwettigheid van de bestreden beslissing kunnen aantonen.

Ten overvloede dient nog te worden opgemerkt dat - zoals verzoekende partij overigens zelf stelt in haar memorie van wederantwoord - de sanctie in het niet-vermelden van de beroepsmogelijkheid enkel bestaat uit het

niet onmiddellijk aanvangen van de beroepstermijn bij de Raad van State. Aangezien verzoekende partij in elk geval tijdig het voorliggende beroep heeft ingesteld wordt dan ook niet ingezien welk belang zij zou kunnen doen gelden bij dit middel.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, 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 2 oktober 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Bram Van Thillo **Dierk Verbiest**