

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.636 van 29 mei 2013
in de zaak A. 208.767/XII-7352**

In zake: de BVBA ESTATE AND LANDSCAPE MANAGEMENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1070 Brussel
Ninoofsesteenweg 643
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het GEMEENSCHAPSONDERWIJS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 mei 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van
 - “- de beslissing van GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap dd. 7 maart 2013 die niet ter kennis van de bvba Estate and Landscape Management werd gebracht;
 - de beslissing van het afdelingshoofd algemene zaken van GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap, [...] dd. 5 [...] april 2013 [...] waarbij de offerte van de bvba Estate and Landscape Management onregelmatig en niet bestaande werd verklaard op grond van artikel 110, § 2, en artikel 118 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken;

- de beslissing van de afgevaardigd bestuurder van GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap, [...] dd. 9 april 2013 waarbij de opdracht voor aanneming van werken Gent – Aanleg van Coupurepark werd gegund aan de nv Hertsens Wegenwerken tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 498.976,22 EUR inclusief BTW;
- de beslissing van de adjunct van de directeur van GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap, [...] dd. 24 april 2013 waarbij de offerte van de bvba Estate and Landscape Management nogmaals onregelmatig werd verklaard, zij het voor nieuwe bijkomende motieven;
- alsook de hieraan gekoppelde impliciete beslissing om voorgaande opdracht niet aan de bvba Estate and Landscape Management 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 28 mei 2013, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bram Tollet, die loco advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Rebecca Denys, die in eigen naam en loco advocaat Karel Van Hoorebeke verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Het Gemeenschapsonderwijs van de Vlaamse Gemeenschap schrijft een opdracht voor werken uit met betrekking tot “het aanleggen van een publieke ruimte in het Coupurepark te Gent [...] alsmede het onderhoud van de werken gedurende de waarborgtermijn”. De opdracht wordt gegund met een openbare aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt geraamd op een bedrag van 516.514,71 euro, btw inbegrepen.

De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 augustus 2012. In de aankondiging wordt vermeld:

“VI.3) Nadere inlichtingen
De offertes kunnen enkel elektronisch ingediend worden”.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. IRW/52-05/2011/012 ‘Gent KTA - MoBi - Coupure Rechts 312 (domein Casinoplein) te 9000 Gent - Aanleg publieke ruimte in het Coupurepark’.

Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt beschreven in het bestek:

“Deze opdracht heeft als voorwerp de werken en leveringen met betrekking tot het aanleggen van een publieke ruimte in het Coupurepark te Gent, Coupure Rechts 312, site ook gekend als Casinoplein, alsmede het onderhoud van de werken gedurende de waarborgtermijn.”

Met betrekking tot het indienen van de offertes wordt in het bestek bepaald:

“Artikel 104 - Indiening van de offertes

Het indienen van offertes kan enkel nog elektronisch.

De offertes moeten worden overgelegd via de e-tendering internetsite <https://eten.publicprocurement.be> die de naleving waarborgt van de voorwaarden van artikel 81 quater, § 1 van het KB van 8 januari 1996.”

3.4. De openingszitting vindt plaats op 27 september 2012 om 11 u. Het proces-verbaal van opening vermeldt acht offertes, de bedragen zijn btw inbegrepen:

1. bvba Estate and Landscape Management	448.927,40 euro,
2. nv Hertsens Wegenwerken	488.771,51 euro,
3. nv Mahieu	494.363,38 euro,
4. bvba Nuis & Co	512.226,08 euro,
5. nv Wannijn	579.954,54 euro,
6. bvba Vermeulen William	604.854,50 euro,
7. nv Dirk Bauwens	696.171,70 euro,
8. bvba Steenhaut	636.020,35 euro.

Uit het proces-verbaal van opening blijkt dat voor de offerte van verzoekende partij er geen gegevens voorhanden zijn omtrent de elektronische handtekening van de offerte.

3.5. Bij e-mailbericht van 27 september 2012, 11:08:05 uur stuurt verzoekende partij een printscreen van de indiening van haar offerte aan de helpdesk van e-procurement. Bij e-mailbericht van 27 september 2012, 11:44 uur antwoordt de helpdesk met bepaalde instructies.

3.6. Bij e-mailbericht van 9 oktober 2012 deelt verzoekende partij aan verwerende partij mee:

“Aansluitend ons tel. onderhoud van gisterennamiddag aangaande de niet-ondertekening van het via e-tendering doorgestuurde aanbestedingsdossier, sturen wij u in bijlage copie door van de identiteitskaart van de zaakvoerder, W.D.D., die het document normalerwijze zou moeten getekend hebben.

Zoals gemeld bleek dat wij een probleem hadden met de instellingen van onze PC en werd het document alzo niet getekend verstuurd.

De helpdesk van E-procurement kon ons op dat moment niet tijdig meer helpen; wij hebben die onmiddellijk gecontacteerd na het doorsturen van

het document om 10.30 u. - opening aanbesteding was 11.00 u. (als reactie hierop zie copie van hun mail in bijlage).

Al[le]s wordt in het werk gesteld om dit probleem te verhelpen.

Zodra wij effectief van E-procurement vernemen wat het probleem was, zullen wij hierover verder informeren.”

3.7. Bij aangetekend verzonden brief van 17 oktober 2012 aan verzoekende partij vraagt verwerende partij nog bijkomende documenten, namelijk een lijst ter identificatie van de onderaannemers of vermelding op het offerteformulier en een intentieverklaring in verband met het veiligheids- en gezondheidsplan.

Verzoekende partij antwoordt hierop bij aangetekend verzonden brief van 25 oktober 2012.

3.8. Op 21 maart 2013 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld door de ontwerper van de opdracht.

Met betrekking tot het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes wordt ten aanzien van de offerte van verzoekende partij opgemerkt dat zij voldoet aan de voorwaarden voor deelneming, maar niet conform is aan de besteksbepalingen wat betreft het bijvoegen van een lijst ter identificatie van de onderaannemers of vermelding op het offerteformulier en het bijvoegen van documenten in verband met het veiligheids- en gezondheidsplan. Ook wat betreft de regelmatigheid van de offerte wordt nog opgemerkt:

“De offerte van Estate & Landscape Management bvba bevat geen digitale ondertekening en dient bijgevolg geweerd te worden.”

Als besluit van het gunningsverslag wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver de nv Hertsens Wegenwerken.

3.9. Op 5 april 2013 wordt door verwerende partij een “akte van nietigverklaring” opgesteld waarin wordt vermeld:

“1. Juridische en feitelijke overwegingen

De laagste offerte gaat uit van Estate and Landscape Management bvba. Bij de digitale opening via e-procurement op 27 september 2012 werd echter vastgesteld dat de offerte niet correct ondertekend was. Het indieningsrapport werd immers niet ondertekend. Navraag bij de juridische dienst leerde ons dat deze offerte dan ook als niet-ondertekend moet beschouwd worden.

2. Om deze redenen wordt:

De offerte van Estate and Landscape Management bvba ten bedrage van 465.593,14 EUR onregelmatig en niet bestaand verklaard op grond van artikel 110,§2 en artikel 118 van het KB dd. 8-01-1996.”

Deze “akte van nietigverklaring” wordt ondertekend door D.M., afdelingshoofd algemene zaken, voor Raymonda Verdyck, afgevaardigd bestuurder, afwezig.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.10. Bij besluit van 9 april 2013, ondertekend door de afgevaardigd bestuurder van verwerende partij, Raymonda Verdyck, wordt de motivering en het besluit van het gunningsverslag “dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt” onderschreven en wordt de opdracht gegund aan de nv Hertsens Wegenwerken.

Dit is de derde bestreden beslissing.

3.11. Bij aangetekend verzonden brief van 24 april 2013 van verwerende partij, adjunct van de directeur H.D.J., wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht werd gegund aan een andere inschrijver. Verder wordt opgemerkt:

“Uw offerte was niet regelmatig om volgende reden(-en):

- u hebt uw meetstaat niet laten ondertekenen door een bevoegd persoon.
- u hebt uw offerte niet laten ondertekenen door een bevoegd persoon.
- u hebt de bevoegdheid of volmacht van de ondertekenaar niet bewezen via een akte of afschrift.

Offerte was niet digitaal ondertekend bij de opening.”

Dit is de vierde bestreden beslissing.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Verzoekende partij legt daags voor de terechtzitting een pleitnota neer. De procedureregeling voorziet evenwel niet in de neerlegging van een pleitnota. De Raad van State betreft de pleitnota dan ook niet in zijn beoordeling, in zoverre deze meer is dan de neerslag van de mondelinge uiteenzetting op de terechtzitting.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. Verwerende partij voert aan dat verzoekende partij niet over het vereiste belang beschikt om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van de impliciete beslissing tot niet-gunning aan verzoekende partij.

Zij meent dat indien de door verzoekende partij ingeroepen middelen ernstig zouden zijn en de bestreden beslissing geschorst zou worden, dit geenszins betekent dat de opdracht zonder meer aan verzoekende partij zou moeten worden gegund.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie 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. Voorwerp van het beroep - ontvankelijkheid

6. Op het eerste gezicht lijken er in het administratief dossier geen stukken aanwezig die er zouden op wijzen dat er een “beslissing van 7 maart 2013” bestaat als een afzonderlijk en uitvoerbaar besluit.

De vordering is dan ook onontvankelijk ten aanzien van de eerste bestreden beslissing.

VII. De schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. Te dezen is evenwel 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’ van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is 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.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

8. Verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 33 en 105 van de Grondwet, van artikel 6 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 44, §§ 2 tot en met 4, van het decreet van 14 juli 1998 ‘betreffende het gemeenschapsonderwijs’ en daarnaast de onbevoegdheid van de stellers van de bestreden beslissingen.

Verzoekende partij wijst er op dat uit de toepasselijke bepalingen blijkt dat enkel de afgevaardigd bestuurder van verwerende partij bevoegd is om overeenkomsten te sluiten voor verwerende partij. De bestreden beslissingen werden echter door drie verschillende personen genomen. Verzoekende partij heeft echter geen kennis van een eventuele specifieke bevoegdheidsdelegatie.

Wat betreft de bevoegdheid van Raymonda Verdyck om een gunningsbeslissing te nemen, lijkt dit te volgen uit een verkiezing door de raad van verwerende partij van Raymonda Verdyck als afgevaardigd bestuurder op datum 21 november 2008, maar deze benoeming werd niet gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Verzoekende partij heeft in ieder geval geen kennis van dergelijke beslissing van de raad van verwerende partij. Bij gebreke aan publicatie is deze bevoegdheid in ieder geval niet tegenstelbaar aan verzoekende partij. Ter terechtzitting echter stelt verzoekende partij niet langer de bevoegdheid of tegenstelbaarheid ervan te betwisten.

Bovendien is de reden waarom niet aan verzoekende partij werd gegund gelegen in de “akte van nietigverklaring” en deze werd niet ondertekend door Raymonda Verdyck, doch door D.M., afdelingshoofd algemene zaken. Deze laatste kan echter enkel deze beslissing nemen na een specifieke bevoegdheidsdelegatie. Verzoekende partij heeft geen kennis van zulke delegatie.

Dit geldt ook voor de kennisgeving van 24 april 2013 die ondertekend werd door H.D.J. in haar hoedanigheid van adjunct van de directeur. Het gaat hierbij volgens verzoekende partij niet om een loutere kennisgeving van de gemotiveerde gunningsbeslissing. Er wordt in deze kennisgeving een bijkomende motivering opgenomen die de onregelmatigverklaring van haar offerte moet rechtvaardigen. Het gaat volgens verzoekende partij om een bijkomende beslissing die tot de bevoegdheid van de afgevaardigd bestuurder behoort maar hier genomen werd door een onbevoegd personeelslid.

Beoordeling

9.1. Luidens artikel 44, §§ 2 tot en met 4, van het decreet van 14 juli 1998 ‘betreffende het gemeenschapsonderwijs’ berust de bevoegdheid om overeenkomsten met verwerende partij af te sluiten, wat op het eerste gezicht de bevoegdheid omvat om beslissingen te nemen tot gunning van een overheidsopdracht en om beslissingen tot regelmatig- of onregelmatigverklaring van offertes te nemen in het kader van het gunnen van die opdrachten, bij de afgevaardigd bestuurder. Dit wordt door verzoekende partij niet betwist.

9.2. Bij beslissing van 21 november 2008 van de raad van het GO! onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap werd Raymonda Verdyck vanaf 1 januari 2009 aangesteld als afgevaardigd bestuurder. Deze beslissing werd op 23 januari 2009 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Ter terechtzitting betwist verzoekende partij dit niet.

9.3. Op 9 april 2013 werd de bestreden beslissing tot gunning van de opdracht aan de nv Hertsens Wegenwerken genomen door de afgevaardigd bestuurder van verwerende partij. In de gunningsbeslissing wordt uitdrukkelijk verwezen naar het gunningsverslag van 21 maart 2013 en wordt gesteld dat het gunningsverslag integraal deel uitmaakt van de gunningsbeslissing en dat de motivering en het besluit van het gunningsverslag geheel worden onderschreven.

In het gunningsverslag van 21 maart 2013 wordt uitdrukkelijk gesteld: “de offerte van Estate & Landscape Management bvba bevat geen digitale ondertekening en dient bijgevolg geweerd te worden”. Met de beslissing van

9 april 2013 heeft de afgevaardigd bestuurder van verwerende partij aldus de onregelmatigverklaring van verzoekende partij op grond van het ontbreken van een digitale handtekening bevestigd. Het feit dat er in het dispositief niet uitdrukkelijk wordt herhaald dat de offerte van verzoekende partij onregelmatig wordt verklaard, doet hieraan niets af aangezien in de overwegingen duidelijk wordt gesteld dat het gunningsverslag wordt onderschreven.

9.4. Wat betreft de “akte van nietigverklaring” van de offerte van verzoekende partij van 5 april 2013 wordt opgemerkt dat de beslissing tot onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij werd bevestigd in de bestreden gunningsbeslissing van 9 april 2013 die werd genomen door de bevoegde afgevaardigd bestuurder van verwerende partij, zodat het middel ook in dat opzicht niet ernstig is.

9.5. Wat betreft “de beslissing van 24 april 2013” die volgens verzoekende partij evenmin door de bevoegde afgevaardigd bestuurder zou zijn genomen, dient te worden vastgesteld dat dit de aangetekend verstuurde brief van 24 april 2013 van verwerende partij aan verzoekende partij betreft waarmee bij toepassing van artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993, aan verzoekende partij kennis wordt gegeven van het feit dat haar offerte onregelmatig werd verklaard en dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund. Bij deze brief werden, volgens het relaas van de feiten in de nota van verwerende partij, de gunningsbeslissing en het gemotiveerde gunningsverslag gevoegd.

Deze kennisgevingsbrief is niet te beschouwen als een afzonderlijke uitvoerbare en aanvechtbare rechtshandeling. In zoverre de motieven vermeld in de kennisgevingsbrief niet zouden overeenstemmen met de motieven van de eigenlijke gunningsbeslissing lijkt dit op het eerste gezicht eerder een gebrek in de kennisgeving te zijn.

In ieder geval tast een gebrek in de kennisgeving in beginsel de wettigheid van de gunningsbeslissing van 9 april 2013 niet aan.

9.6. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

10. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, van de artikelen 89 en 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 de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel.

Verzoekende partij meent dat de toepassing van de onregelmatigheidssanctie door verwerende partij, genomen omdat de offerte van verzoekende partij als niet-ondertekend zou dienen te worden beschouwd, te dezen manifest onredelijk is. De offerte werd immers wel degelijk ondertekend door zaakvoerder W.D.D. wiens bevoegdheid ook werd bewezen in de offerte.

Er heeft zich wel een technisch probleem voorgedaan bij de elektronische ondertekening van de offerte en het bezorgen van de offerte aan verwerende partij, maar dit heeft enkel tot gevolg dat de offerte niet elektronisch ondertekend is. De offerte werd echter wel ondertekend door de bevoegde persoon zodat het manifest onredelijk is om de offerte als onregelmatig te beschouwen wegens niet-ondertekening. De specifieke omstandigheden van het technisch probleem waren verwerende partij bekend en moeten als een overmachtsituatie worden beschouwd, waarvoor verzoekende partij niet verantwoordelijk is. Verzoekende partij heeft onmiddellijk contact opgenomen met de bevoegde diensten teneinde spoedig een oplossing voor het probleem te vinden. Zij heeft gedaan wat iedere voorzichtig handelende inschrijver zou doen en zij heeft de offerte door de bevoegde persoon laten ondertekenen en tijdig bezorgd aan verwerende partij. Dit was de enige mogelijkheid aangezien het bestek het indienen van een papieren versie niet toeliet.

Een overdreven formalisme vanwege de aanbestedende overheid bij het beoordelen van de ondertekeningsvereiste dient te worden afgekeurd. Van zodra uit het geheel der stukken van een aanbestedingsdossier blijkt dat de

inschrijver zich er effectief toe verbonden heeft om de opdracht conform de door hem opgegeven prijs en conform de bepalingen van het bijzondere bestek uit te voeren, is er voldaan aan de *ratio legis* van artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Te dezen kan er geen twijfel over bestaan dat verzoekende partij zich duidelijk verbonden heeft tot uitvoering van de opdracht conform de specifieke eisen van het bestek en aan de door haar opgegeven prijs.

Verwerende partij heeft daarover ook nooit een probleem gemaakt. Verzoekende partij had op 8 oktober 2012 telefonisch contact met verwerende partij over het ontbreken van een elektronische handtekening op haar offerte. Op 17 oktober 2012 werd zij opnieuw aangeschreven door verwerende partij om nog een aantal bijkomende documenten te bezorgen. In dat schrijven is geen sprake van de problematiek van de ondertekening van de offerte. Dit wijst er dan ook op dat verwerende partij nooit heeft getwijfeld aan het feit dat uit de door verzoekende partij bezorgde offerte op ondubbelzinnige wijze blijkt dat deze laatste zich ertoe verbindt om de opdracht conform het bestek uit te voeren.

Beoordeling

11.1. De 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 lijkt niet te kunnen worden gedekt nu zulks onzekerheid met zich kan meebrengen betreffende de verbintenissen van de inschrijvers.

De hier opgelegde elektronische procedure lijkt aan deze vaststelling geen afbreuk te doen.

11.2. De aankondiging en het bestek bepalen 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.

Verzoekende partij betwist niet dat haar offerte geen digitale handtekening bevatte. Dit blijkt ook uit het proces-verbaal van opening.

11.3. Uit artikel 81^{quater} van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 volgt dat wanneer een offerte op elektronische wijze wordt ingediend, deze een elektronische handtekening dient te bevatten die conform is 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.

De door verzoekende partij op haar offerte aangebrachte ingescande handtekening, voldoet op het eerste gezicht niet aan de vereisten en de garanties van een elektronische geavanceerde handtekening zoals voorgeschreven door dit artikel.

Bijgevolg lijkt op het eerste gezicht te moeten worden aangenomen dat de offerte van verzoekende partij, door het ontbreken van een elektronische handtekening beschouwd moet worden als een offerte die niet werd ondertekend, wat de substantiële onregelmatigheid van de offerte met zich meebrengt.

11.4. Mocht verzoekende partij zich hier al op overmacht kunnen beroepen dan nog lijkt zij niet aan te tonen dat zij geen fout heeft aan het gemankeerde elektronisch proces; verwerende partij legt in tegendeel stukken neer uitgaande van de federale dienst e-Procurement waaruit lijkt te moeten worden afgeleid dat op 27 september 2012, en in het bijzonder rond het tijdstip waarop verzoekende partij poogde de offerte in te dienen, het e-Tenderingplatform zonder manco werkte. Uit het e-mailverkeer van 27 september 2012 en navolgend, zoals hiervoor aangehaald, lijkt trouwens dat verzoekende partij het informaticaprobleem bij haar eigen apparatuur situeerde. Thans legt verzoekende partij ook geen stukken voor die dit tegenspreken of op nog een andere oorzaak wijzen.

Ten slotte lijkt verzoekende partij ook niet te kunnen worden gevolgd waar zij meent dat uit het feit dat verwerende partij na de opening van de offertes nog bijkomende stukken opvroeg blijkt dat verwerende partij geen enkele twijfel kon hebben over de verbintenis van verzoekende partij om de opdracht conform het bestek en aan de opgegeven prijs uit te voeren. Op het eerste gezicht passen deze handelingen in de voorbereiding van de beoordeling van de offertes. Zij gingen de eigenlijke beslissing omtrent de regelmatigheid van de offerte van verzoekende partij vooraf.

11.5. Ter terechtzitting betoogt verzoekende partij nog dat verwerende partij het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden door aan verzoekende partij niet de mogelijkheid te bieden het euvel *a posteriori* recht te zetten.

In zoverre deze kritiek al tijdig is, maakt verzoekende partij onvoldoende aannemelijk hoe verwerende partij haar deze mogelijkheid had kunnen bieden zonder de toepasselijke wettelijke bepalingen en algemene beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, te schenden. Zoals reeds vastgesteld betreft het gebrek aan geldige ondertekening een substantiële onregelmatigheid die niet kan worden hersteld.

11.6. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

12.1. Verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 65/4, 65/5 en 65/8 van de wet van 24 december 1993, van de artikelen 89 en 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen’, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder van het materieel-motiveringsbeginsel, het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, van de hoorplicht; voorts put zij het middel uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag en uit machtsoverschrijding.

12.2. Verzoekende partij voert aan dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden doordat in de derde bestreden beslissing als motivering wordt verwezen naar het gunningsverslag terwijl dit verslag ten aanzien van de offerte van verzoekende partij enkel vermeldt dat haar offerte geen digitale handtekening bevat, om welke reden de offerte wordt geweerd. Voor het overige wordt in de bestreden gunningsbeslissing geen enkel argument opgeworpen op grond waarvan de offerte van verzoekende partij als onregelmatig moet worden geweerd.

In de kennisgeving van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag, bij aangetekend schrijven van 24 april 2013 - vierde bestreden beslissing - worden door verwerende partij drie motieven aangehaald op grond waarvan de offerte van verzoekende partij als onregelmatig moet worden geweerd. Verzoekende partij zou de meetstaat niet hebben ondertekend, zij zou haar offerte niet hebben laten ondertekenen door een bevoegd persoon en ze zou de bevoegdheid of de volmacht van de ondertekenaar niet bewezen hebben via een akte of afschrift.

Deze motieven kunnen de beslissing om de offerte van verzoekende partij als onregelmatig te weren niet verantwoorden. Indien deze motieven ten grondslag lagen aan de bestreden gunningsbeslissing, dienden ze er te zijn in opgenomen en mochten deze niet terloops en zonder verdere toelichting worden vermeld in de kennisgevingsbrief.

12.3. De motieven zijn ook in feite onjuist aangezien de offerte van verzoekende partij wel op behoorlijke wijze werd ondertekend. Op de offerte is duidelijk te zien hoe de offerte gedagtekend, geparafeerd en gehandtekend werd door haar zaakvoerder.

Bovendien is, in tegenstelling tot wat verwerende partij in de vierde bestreden beslissing stelt, de bevoegdheid aangetoond van de ondertekenaar van de offerte, meetstaat en alle bijlagen bij de offerte.

12.4. Ten slotte merkt verzoekende partij op dat verwerende partij verzuimd heeft om verzoekende partij te horen naar aanleiding van het voornemen om haar offerte onregelmatig te verklaren. De onregelmatigverklaring was een ernstige maatregel die van aard was de belangen van verzoekende partij zwaar aan te tasten. Zij voegt er nog aan toe dat specifiek inzake overheidsopdrachten het zorgvuldigheidsbeginsel de aanbestedende overheid verplicht om een inschrijver te raadplegen.

Beoordeling

13.1. In de bestreden gunningsbeslissing van 9 april 2013 wordt als motivering voor de gunning van de opdracht aan de nv Hertsens Wegenwerken vermeld:

“Gelet op het verslag van nazicht der offertes d.d. 21 maart 2013, dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt. Overwegende dat de motivering en het besluit van het bovenvermelde gunningsverslag geheel wordt onderschreven”.

In het gunningsverslag wordt met betrekking tot de offerte van verzoekende partij bij het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes opgemerkt:

“1. De offerte van Estate & Landscape Management bvba bevat geen digitale ondertekening en dient bijgevolg geweerd te worden”.

Deze motivering in het gunningsverslag vormt aldus een onderdeel van de motivering van de bestreden gunningsbeslissing van 9 april 2013 en geeft de redenen weer waarom de offerte van verzoekende partij niet in aanmerking kwam voor de gunning van de opdracht.

Op het eerste gezicht komt deze motivering als een afdoende motivering voor in het licht van de formele-motiveringsplicht temeer uit het tweede en derde middel blijkt dat verzoekende partij zeer goed op de hoogte is van de reden van haar onregelmatigverklaring.

13.2. Zoals bij de beoordeling van het eerste middel is gebleken is de vierde bestreden beslissing niets meer dan de kennisgevingsbrief die op zich niets toevoegt aan de gunningsbeslissing van 9 april 2013.

Bij deze kennisgevingsbrief werd overigens een kopie gevoegd van de bestreden gunningsbeslissing alsook van het gunningsverslag.

13.3. In zoverre verzoekende partij nog aanvoert dat het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van de hoorplicht zouden zijn geschonden wordt opgemerkt dat artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 van toepassing is; dit bepaalt op welke wijze de aanbestedende overheid haar onderzoek kan voeren naar de regelmatigheid van de offertes.

Gegeven de procedure van de openbare aanbesteding en de *prima facie* substantiële onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij lijkt het te dezen zelfs niet toegelaten dat de aanbestedende overheid in contact zou treden met verzoekende partij alvorens haar offerte onregelmatig te verklaren.

13.4. Het derde middel is niet ernstig.

IX. Besluit

14. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 mei 2013,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra